THÈSE DE
CAEN.
1888
N°. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

**DROIT ROMAIN**

# DE L'ÉDIT CARBONIEN

**DROIT FRANÇAIS**

# DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

QU'ENTRAINE POUR LA FEMME MARIÉE

*LA QUALITÉ DE COMMERÇANTE*

# THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

**Le Lundi 18 Juin 1888, à 3 heures**

PAR

D. CABARET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE CAEN

**Lauréat de la Faculté**

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1888

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0016

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

---

**DROIT ROMAIN**

# DE L'ÉDIT CARBONIEN

**DROIT FRANÇAIS**

# DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

QU'ENTRAINE POUR LA FEMME MARIEE

*LA QUALITÉ DE COMMERÇANTE*

# THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

**Le Lundi 18 Juin 1888, à 3 heures**

PAR


## D. CABARET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE CAEN

**Lauréat de la Faculté**



CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1888

## SUFFRAGANTS

| | | | |
|---|---|---|---|
| MM. | DANJON. . . | Professeur. | |
| | LEBRET . . . | id. | Président. |
| | GAUCKLER . . | Agrégé. | |
| | AMBROISE COLIN . | id. | |

# BIBLIOGRAPHIE


Cujas. — *Recitationes Solemnes ad tit. X. L. XXXVII. ad edict. Carbonianam.*

Pothier. — *Pandectes. Ad hunc titulum.*

Thesaurus Ottoni.

Maynz. — *Cours de Droit Romain.*

Accarias. — *Précis de Droit Romain.*

Windscheid. — *Pandectes.*

Wangerow. — *Lehrbuch.*

Amann. — *Kritische Studien.*

Leist. — *Das römische Patronatrecht.*

Bachofen. — *Pfandrecht.*

vait être dangereux de juger un semblable procès pendant que l'enfant était encore impubère et incapable de se défendre en personne.

Aussi pour ne pas abandonner un litige si important aux soins des tiers, et par crainte encore de la mauvaise foi de ceux qui soulevaient cette difficulté, le prêteur décida-t-il dans notre Edit que la question d'Etat resterait en suspens jusqu'à la puberté et que provisoirement l'impubère serait traité comme si on ne contestait pas sa qualité de descendant appelé à la succession.

L'Edit Carbonien est en effet ainsi conçu :

« *Si cui controversia fiet* « *an inter liberos sit* » « *et impubes sit, causâ cognitâ, perinde possessio* « *datur ac si nulla de ea re controversiâ, causâ cognitâ,* « *differtur.* » Le prêteur promet donc deux choses dans l'Edit.

1° La remise du procès jusqu'à l'époque de la puberté. Nous n'insisterons pas sur cette disposition qui n'offre rien de particulier et fut d'ailleurs étendue, ainsi que nous le verrons en temps et lieu à toute personne impubère dont on contestait seulement l'état mais non les droits héréditaires.

2° Une « *bonorum possessio* » dite « *bonorum possessio carboniana* » ou « *ex edicto carboniano* ». Elle a été introduite par Ch. Papirius Carbo, prêteur qui vivait vers le milieu du septième siècle de Rome, et qui après avoir joui pendant sa vie d'une très

grande autorité, s'il faut en croire Valère Maxime, aurait été mis à mort par ordre de Pompée, lequel par ce meurtre aurait voulu faire plaisir à Sylla.

La « *bonorum possessio carboniana* » avec la « *bonorum possessio furiosi nomine* » forme la classe des « *bonorum possessiones decretales* » au sens étroit et rigoureux du mot. Il suit de là qu'elle ne pouvait être donnée par le prêteur que « *pro tribunali, causâ cognitâ decreto* ».

Elle diffère des autres *bonorum possessiones* ordinaires en ce que par sa nature même elle est purement intérimaire; elle régle la question d'une façon provisoire, jusqu'à l'époque de la puberté seulement.

Il est traité de la « *bonorum possessio carboniana* » dans les *Sentences de Paul*, l. 3, III, t. I.; au Digeste, *De Edicto Carboniano*, XXXVII, 10.; au Code VI, 17.; au Code Théodosien, *De Caboniano Edicto*, IV, 3.; aux Basilques, XL, 5.

Nous diviserons notre travail en trois grands chapitres, nous demandant :

I. — A quelles personnes est donnée la *bonorum possessio Carboniana* ?

II. — A quelles conditions elle est accordée ?

III. — Quels en sont les effets ?

Et enfin dans un appendice nous chercherons à savoir ce qu'est devenue cette *bonorum possessio* dans le droit de Justinien.

## CHAPITRE PREMIER

### A QUELLES PERSONNES EST ACCORDÉE LA « BONORUM POSSESSIO CARBONIANA »

1. — Le prêteur accorde la « *bonorum possessio ex edicto Carboniano* » à tout descendant impubère, issu par la parenté mâle du défunt, qui n'a pas été institué héritier, ou valablement exhérédé et dont on conteste l'Etat. « *Non tantum masculi sed et feminæ* « *ex virili sexu descendentes Carboniani commodum* « *habebunt* (L 1, § 2. h. t.) ».

Il faut que l'impubère ait le titre d'héritier sien d'après le droit civil, ou qu'il puisse venir, d'après le droit prétorien, à la succession du défunt par la « *bonorum possessio contra tabulas* » ou par la possession de biens « *unde liberi* ». En d'autres termes, on accorde le bénéfice de l'Edit à ceux qui ont la qualité de « *sui* » ou d' « *emancipati* ». Il est vrai que les textes parlent presque toujours du « *suus* », mais il est certain que l'émancipé pouvait obtenir la « *bonorum possessio Carboniana* ». Et d'ailleurs cette assimilation n'a rien qui doive nous surprendre ici, car nous sommes en présence d'une création prétorienne, et on sait que le préteur, peu favorable à la parenté agnatique, chercha toujours, toutes les fois qu'il le pût, à mettre les émancipés sur le pied de

l'égalité avec les « *hœredes sui* ». Mais si le « *suus* » et l'émancipé ont également droit au bénéfice de l'Edit Carbonien, l'exercice de ce droit n'est pas soumis pour l'un et pour l'autre aux mêmes conditions, et là encore reparaît l'infériorité de situation de l'héritier du droit prétorien vis à vis de l'héritier du droit civil. Nous verrons en effet plus loin qu'il n'y a que l' « *hœres suus* » qui puisse demander la « *bonorum possessio Carboniana* » seule, et que l'émancipé ne devient possesseur carbonien qu'autant qu'il a obtenu la possession de biens ordinaire.

De la règle que nous venons de poser avec les textes, il suit que notre « *bonorum possessio* » ne pourra être réclamée lorsqu'il s'agira soit de la succession d'une femme, soit de la succession d'un homme à laquelle sont appelés des descendants par les femmes. Et cette décision est très logique puisqu'à l'égard de leur mère, les enfants ne pouvaient avoir la qualité de « *sui heredes* » ni même de « *liberi* » au sens étroit du mot. Nous refuserons encore la « *bonorum possessio* » aux agnats et aux cognats.

Et cependant ces diverses personnes pouvaient se voir contester leur état ; l'examen immédiat du procès, à raison de leur impuberté, pouvait aussi n'être pas sans inconvénients : de là certaines constitutions impériales qui renvoyaient l'instance à la puberté. Mais ce n'est pas là une extension des cas d'application de l'Edit carbonien. Aussi dans une hypothèse où il s'agissait d'un impubère qui ne pouvait être classé que dans l'ordre des « *legitimi* » et dont on

contestait l'état, Ulpien a-t-il soin d'ajouter que la « *dilatio in tempus pubertatis* » a lieu « *sine possessione* ».

2. — Mais notre « *bonorum possessio* » est refusée aux descendants institués qui ont la possession de biens « *secundum tabulas* » : Pourquoi ? Ce résultat tient à ce que la contestation d'Etat doit impliquer contestation de biens, ainsi que nous le montrerons plus tard ; or quel que soit l'état du descendant impubère, il peut arriver à la succession puisqu'il est institué.

Et pourtant si on suppose que le défunt a institué son posthume il est impossible que la filiation de l'enfant né après la mort soit contestée sans qu'il en résulte contestation sur le droit héréditaire même de l'enfant. Aussi par exception aux principes avait-on admis ici l'application de l'Edit carbonien. (L. I, § 8, h. t.)

L'impubère peut donc être un posthume, mais le prêteur ne lui accordera la « *bonorum possessio carboniana* » qu'autant qu'il sera né d'un mariage incontesté, et que la mère se sera soumise aux dispositions de l'Edit « *de inspiciendo ventre* ». Cette double condition résulte d'une constitution des empereurs Théodose, Arcadius et Honorius qui est rapportée au Code Théodosien à notre titre. Nous y lisons, en effet :

« *Carbonianum edictum sub personis legitimis*

« *ex indubitato matrimonio custodito partu et pro-*
« *bata successione defertur.* »

La rédaction de ce texte est, sans doute, singulièrement embarrassée, mais elle devient intelligible avec la restitution proposée par Godefroy qui lit.....
« *sub personnis legitimis custodito partu, et indubi-*
« *tato matrimonio, probatâ legitimâ successione de-*
« *fertur* ».

C'est là ce que veut dire aussi la loi 2 au titre de « *inspiciendo ventre* ». — « *Edictum de inspiciendo* « *ventre derogatorium est ejus quod ad Carboniani* « *edicti exemplum comparatum est.* »

Il est de principe en effet, lorsque le mari meurt laissant une femme enceinte, que cette veuve fasse connaître sa grossesse aux personnes intéressées et les avertisse « *ut mittant qui ventrem inspiciant et custodiant* ». Si ces formalités n'ont pas été observées, le bénéfice de l'Edit Carbonien est refusé à l'enfant impubère; cette déchéance toutefois n'est pas encourue s'il est établi que la mère n'a péché que par ignorance ou maladresse et que l'intention coupable fait défaut « *sine malitiâ* ».

Mais il se peut que la grossesse de la veuve étant contestée, cette dernière, sur la demande qui en est faite, jure qu'elle est réellement enceinte du « *de cujus* » : quel va être l'effet de ce serment ? La question est prévue par la loi 10 à notre titre. Ce texte est évidemment mal rédigé et il induirait en erreur si on n'y faisait aucune retouche. A la simple lecture, il semble décider que la « *bonorum possessio Carbo-*

*niana* » doit être forcément accordée au posthume impubère si la mère a prêté le serment dont nous avons parlé, et aussi forcément refusée si le serment a été référé à l'adversaire (1). Et c'est ce que nous ne saurions admettre.

Le serment prêté par la veuve ou par l'adversaire n'a et ne peut avoir d'influence que sur la concession ou le refus de la « *bonorum possessio ventris nomine* ». Aussi lorsque l'enfant sera né et qu'en son nom on réclamera la succession du « *de cujus* », si certains héritiers répondent à cette réclamation par une contestation d'Etat, le prêteur n'aura pas à s'inquiéter du serment prêté antérieurement ou référé par la femme. La « *questio status* » de l'impubère restera entière et le magistrat demeurera libre après la « *causœ cognitio* » d'accorder ou de refuser le bénéfice de notre Edit carbonien. La règle « *alteri « nec nocet nec prodest jusjurandum inter alios fac- « tum* » ne permet pas qu'il en soit ici autrement.

Et en ce sens nous pouvons invoquer la restitution de notre loi 10 que Mommsen a proposée et qui est si complète qu'on pourrait presque y voir une paraphrase : « *Cum mulier deferente herede juraverit se « prœgnantem esse, bonorum possessio ventris no- « mine dari debet, vel denegari si illa heredi detulit*

(1) Ce texte, qui est de Marcellus, est ainsi conçu : « *Cum mulier « deferente herede juraverit, se prœgnantem esse, bonorum pos- « sessio ex edicto carboniano dari debet, vel denegari, si illa « detulit hœredi jusjurandum, cum causâ cognitâ detur possessio, « etc...* »

« *jusjurandum : partui tamen propterea nec dabitur*
« *nec denegabitur ex edicto carboniano cum causâ*
« *cognitâ detur possessio, etc...* »

Notre texte devient ainsi très clair et nous donne une solution qui n'a rien que de conforme aux principes généraux du droit.

Amann (1) a modifié cette loi 10 de Marcellus d'une façon un peu moins profonde. Il lit : « *Cum mulier...*
« *bonorum possessio dari debet vel denegari si illa*
« *heredi, detulit jusjurandum, sed ex edicto carbo-*
« *niano causâ cognitâ datur possessio cœt...* »

Le but que cet auteur a poursuivi, comme Mommsen d'ailleurs, est de donner à entendre clairement que le serment prêté par la veuve ou référé au contestant, n'a de signification qu'autant qu'il s'agit de la « *bonorum possessio ventris nomine* » et non de la « *bonorum possessio carboniana* » qui suppose que l'enfant est au moins né s'il n'est qu'impubère.

Mais ne peut-on pas étendre la solution que nous venons de donner à propos du posthume impubère au cas où l'impubère déjà né n'aurait été institué qu'en sa qualité d'enfant du défunt ? C'est une question sur laquelle ne s'entendent pas les interprètes, et qui peut se poser car les textes prévoient des institutions de ce genre. Nous croyons l'extension possible.

Et en effet dans l'hypothèse à laquelle nous faisons allusion on ne saurait contester l'Etat de l'impubère institué sans méconnaître du même coup son droit à

(1) Amann, Krit, Stud, S. 55.

la succession, et nous pouvons ajouter, à la succession légitime et testamentaire tout à la fois. Et ce résultat est tellement évident qu'il se passe de toute démonstration. S'il est prouvé que l'impubère n'est pas le « *filius* » du défunt, il perd par là même tout droit à la succession légitime, et comme il n'est appelé à la succession testamentaire qu'en considération d'une qualité dont l'inexistence est démontrée il résulte que la contestation d'Etat implique au premier chef contestation de biens, ce qui autorise l'application de l'édit carbonien.

D'ailleurs les textes eux-mêmes abondent en ce sens. Ainsi la loi 3 princ. à notre titre indique clairement qu'il n'y a pas qu'une seule hypothèse (institution du posthume) où l'impubère héritier inscrit peut avoir droit à la « *bonorum possessio carboniana* ». Elle ne dit pas en effet « *in quodam casû* » dans un certain cas, mais « *in quibusdam casibus* ».

Le paragraphe 3 de cette même loi 3 n'est pas moins décisif. Là le jurisconsulte Ulpien déclare formellement que si on se borne à contester le « *status* » de l'héritier inscrit, l'affaire doit être renvoyée à la puberté en vertu des constitutions impériales dont nous avons déjà parlé, mais que dans le cas où la contestation d'état implique contestation de biens, l'impubère institué peut demander la « *bonorum* « *poss. carboniana si quidem de parentis bonis* « *simul et de statu controversia fiat, edictum habebit* « *locum* ».

Si l'impubère institué en qualité d'héritier sien,

avait laissé écouler le délai imparti par le préteur pour demander la possession de biens « *secundum tabulas* », il avait encore la ressource, pour appréhender la succession, de la « *bonorum possessio unde liberi* », et si sa qualité de « *liber* » était contestée, il pouvait invoquer le bénéfice de l'édit carbonien. Il est vrai que cette répudiation de la « *bonorum possessio secundum tabulas* » par le « *suus* » impubère institué ne devait que fort rarement se présenter. L'impubère en effet, avait tout à perdre et rien à gagner à prendre le parti que nous venons d'indiquer. Il avait tout à perdre, disons-nous ; et en effet, par suite de sa répudiation, le testament était censé n'avoir jamais existé, et il était obligé de subir l'admission au partage des biens héréditaires des « *liberi* » qui avaient pu être régulièrement exhérédés. Il n'avait rien à gagner, avons-nous ajouté, car bien que venant « *ab intestat* » il était tenu au paiement des legs. (L. I, princip. 1, 29, h.)

De ce qui vient d'être dit, nous pouvons tirer la conclusion suivante : S'il est démontré que l'indication de la filiation de l'institué contenue au testament n'a d'autre but que d'aider à établir l'identité du bénéficiaire de l'institution ; s'il est établi que la réalité de cette filiation n'est pas une condition « *sine qua non* » de l'institution, l'impubère institué héritier n'aura pas à demander la « *bonorum possessio carboniana* », au cas où l'on viendrait à contester son état. Cette demande n'aurait aucune signification, puisqu'il arrive à la succession, quel que soit son

état. S'il ne veut pas que la « *questio status* » soit vidée immédiatement, il invoquera le bénéfice des constitutions impériales et l'affaire sera renvoyée à la puberté.

Si le défunt au lieu d'instituer l'impubère héritier lui avait laissé un legs ou un « *fideicommis* », faudrait-il encore remettre l'affaire à l'époque de la puberté dans le cas où l'héritier refuserait de délivrer le legs ou d'exécuter le « *fideicommis* » sous prétexte que l'impubère n'est pas fils du défunt et que cette qualité seule justifie la libéralité ?

Il faut sans hésiter répondre négativement, car on ne peut pas dire en pareil cas que la contestation porte sur « l'*hereditas* » ; il n'y a donc pas lieu d'accorder la « *bonorum possessio carboniana* » mais un rescrit d'Antonin le Pieux décide que la « *controversia status* » sera renvoyée à la puberté. (L. 3, § 1, hoc. t.)

3. — On ne doit pas plus accorder la « *bonorum possessio carboniana* » à l'impubère exhérédé qu'à l'impubère institué héritier. (L. 7, § 2 et 6, l. 11, h. t.) Et le motif du refus est le même dans les deux cas. La contestation d'Etat ne peut avoir pour effet d'empêcher l'impubère d'arriver à la succession puisqu'il en est exclu par une exhérédation régulière. En outre comme le fait excellemment remarquer le Jurisconsulte Scœvola, il serait injuste d'accorder la « *bonorum possessio carboniana* » à celui qui intente la « *querela in officiosi testamenti* », c'est-à-dire à l'enfant exhérédé : En effet, si sa qualité de fils n'était

pas contestée il n'aurait cependant droit ni à la « *bonorum possessio* », ni à des aliments, or il ne doit pas pouvoir se trouver dans une situation différente et meilleure parce qu'on lui conteste son état.

Toutefois si l'impubère a été exhérédé conditionnellement, comme « l'*exheredatus sub conditione* » a la « *bonorum possessio contra tabulas* », il pourra, s'il y a lieu, demander la « *bonorum possessio ex edicto carboniano* ».

Il est presque superflu d'ajouter que l'exhérédation pour constituer une fin de non-recevoir opposable à l'impubère demandant la « *bonorum possessio carboniana* » doit être régulière et avoir effet « *effectum habere* ». Ainsi supposons que le « *de cujus* » ait exhérédé un « *Suus* » impubère et omis un fils émancipé, instituant pour héritier un « *extraneus* ». De deux choses l'une : l'institué fera adition d'hérédité ou non. S'il y a « *aditio hereditatis* », le fils émancipé « *præteritus* », pour écarter l'héritier inscrit, demandera la « *bonorum possessio contra tabulas* » et comme cette possession de biens laisse subsister les exhérédations, l'impubère exhérédé ne pourra élever aucune prétention à l'hérédité. Au cas contraire, c'est-à-dire s'il y a répudiation de la part de l'institué, le testament se trouvera alors « *destitutum* », autrement dit il n'aura pas d'existence au point de vue du droit civil, et le « *suus* » impubère exhérédé pourra venir « *jure civili* » à la succession « *ab intestat* ». Si le fils émancipé conteste son état, il aura le droit

à ce moment de demander la « *bonorum possessio carboniana* ».

Autre exemple. — L'exhérédation n'a pas été pure et simple, elle n'est pas non plus conditionnelle, elle a été faite « *cum convitio* » ou « *cum elogio* » pour employer le langage des romanistes. Le testateur a indiqué la cause pour laquelle il exhérédait « *quod diceret eum ex adulterio conceptum* ».

L'impubère ainsi qualifié d'enfant adultérin dans le testament pourra réclamer la succession. Je suis exhérédé, dira-t-il, comme « *ex adulterio conceptus* », or, je ne suis pas adultérin, donc je ne suis pas un « *heres exheredatus* » mais un « *heres præteritus* » et j'ai droit à la « *bonorum possessio contra tabulas* ». Et si les héritiers du degré subséquent répondent. — Le défunt n'était tenu ni de vous instituer ni de vous exhéréder parce que vous n'êtes pas au nombre des « *liberi* », — l'impubère pourra demander et obtenir la « *bonorum possessio carboniana* ». Ce n'est donc qu'à l'époque de la puberté que sera tranchée la question de savoir si la cause assignée à l'exhérédation dans le testament est exacte ou non. S'il est établi que le testateur s'est trompé, la possession intérimaire de l'exhérédé deviendra définitive; au cas contraire, les biens héréditaires seront restitués à qui de droit.

4. — Enfin pour terminer la liste des personnes auxquelles le prêteur accorde la « *bonorum possessio ex edicto carboniano* », il nous faut ajouter les des-

cendants naturels et les descendants adoptifs. C'est du moins ce que déclare la loi 7 prise à notre titre.

Nous ferons observer toutefois que le jurisconsulte Julien ne dit pas « *Carbonianum edictum interponi-* « *tur* » mais « *simile carboniano interponi decretum* ». Que faut-il entendre par là ? Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce point.

Quelques auteurs n'ont vu dans ces mots « *simile carboniano* » qu'une simple interpolation de Tribonien. Ce mode d'interprétation des textes n'a guère d'autre mérite, selon nous, que sa trop grande commodité.

Restent deux explications entre lesquelles on peut choisir.

Dans la première on raisonne ainsi :

A l'origine la « *bonorum possessio carboniana* » n'était donnée qu'aux enfants légitimes, mais plus tard, en considération de l'édit « *ex sententia edicti* » le bénéfice en fut accordé aux enfants adoptifs.

Dans la seconde qui a pour elle l'autorité de Cujas, on fait la remarque suivante : Les préteurs qui suivirent Carbo reproduisirent les dispositions de son édit qui aurait passé dans « l'*Edictum perpetuum* » et à partir de ce moment la « *bonorum possessio carboniana* » aurait été donnée « *non tam ex edicto carbo-* « *niano quam ex edicto perpetuo ad exemplum et* « *similitudinem carboniani* ».

Si la « *bonorum possessio carboniana* » ne pouvait être demandée par tout impubère, quel qu'il fût, en revanche elle était accordée à l'encontre de toute per-

sonne qui contestait l'état et la vocation à l'hérédité du « *suus* » ou de l'émancipé.

Il n'était pas exigé par le prêteur, pour l'application de l'édit Carbonien, que la contestation impliquât chez son auteur prétention à l'hérédité elle-même. Ainsi un débiteur pour échapper à des poursuites soutient que la succession revient à un autre qu'à l'impubère qui n'est pas le fils du défunt, à un agnat absent, par exemple : L'impubère pourra demander la « *bonorum possessio carboniana* » et exiger paiement.

Il n'y avait pas à s'occuper davantage si en élevant la contestation on agissait en son nom personnel ou du chef d'une autre personne. (L. 3, § 7, h. 1).

Enfin les considérations fiscales elles-mêmes si puissantes à Rome cependant, se turent devant la protection que le prêteur croyait devoir accorder à l'impubère, et nous lisons dans la loi 1, f. h. h. t. « *Sed et si fiscus impuberi controversiam facit, carbo-* « *nianum edictum potest locum habere* ».

Toutefois, et c'est là une remarque sur laquelle nous n'avons pas à insister, il y avait certaines personnes que leur qualité même désignait comme des adversaires naturels de l'impubère. Bornons-nous à citer avec les textes, — au cas de succession testamentaire — l'héritier institué, — au cas de succession « *ab intestat* » — les cohéritiers, ou les appelés du degré subséquent.

## CHAPITRE II

### CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA « BONORUM POSSESSIO CARBONIANA »

5. — Les conditions moyennant l'accomplissement desquelles est accordée la « *bonorum possessio carboniana* » sont nombreuses : toutes d'ailleurs ne sont pas irritantes et acceptées sans contestation par les Romanistes, ainsi que nous le verrons plus loin.

6. — Il faut tout d'abord que l'enfant dont on conteste l'Etat soit impubère. Rien de plus certain et de plus naturel que cette exigence puisque l'idée générale de notre « *bonorum possessio* », ainsi que nous l'avons vu, est de renvoyer la « *quœstio statûs* » à la puberté. Donc le bénéfice de l'Edit carbonien devra être refusé à tout pubère, ce pubère fût-il mineur de vingt-cinq ans. Aussi au cas où le pubère arriverait par des manœuvres quelconques à surprendre la bonne foi du magistrat et à obtenir l'envoi en possession, le décret n'aurait pas d'effets. Voyons en effet comment les choses se passeront alors. Le prétendu impubère voudra bénéficier des avantages et des droits que confère la « *bonorum possessio carboniana* » ; il intentera par exemple l'interdit « *quorum bonorum* » ; or, le juge ayant à

examiner si en fait la « *bonorum possessio* » a été accordée et si en droit elle pouvait être obtenue, il y a chance pour qu'il ne soit pas induit en erreur aussi sur l'âge et il refusera l'interdit. Et puisque nous parlons d'erreur sur la situation de l'impubère qui a obtenu notre « *bonorum possessio* », que fallait-il décider au cas où, après un temps plus ou moins long, on venait à s'apercevoir que cet impubère ne pouvait être « *bonorum possessor carbonianus* », mais faisait seulement partie des personnes « *quibus legata præstarentur, contra tabulas bonorum possessio petita* » ? La loi 5, § 3 « *De legatis* » fournit ici la réponse. L'envoi en possession obtenu par erreur cessait, mais, le faux « *bonorum possessor carbonianus* » conservait les legs qui lui avaient été faits. On ne voulait pas que la possession qu'il avait réussi à se faire accorder même sans droit, pût être considérée comme une compensation de ce qui lui avait été légué.

Si la contestation d'Etat est soulevée non plus contre un seul mais contre deux enfants, la question de la puberté pouvait soulever quelques difficultés qui sont d'ailleurs prévues par des textes où nous trouvons une solution. Ainsi on peut imaginer que les défendeurs à la « *controversia statûs* » sont deux frères et qu'au moment où la contestation est soulevée l'un est pubère et l'autre impubère. Le jurisconsulte Paul, après avoir constaté les variations de la loi romaine « *variatum est* » décide qu'alors il est préférable de statuer de suite « *magis es ut differri*

« *non debeat* ». (Sentences L. 3, t. I.) Il résulterait de ce texte qu'en pareil cas, malgré l'impuberté de de l'un des enfants, par cela seul que l'autre est pubère, la question d'Etat pouvait être jugée de suite à l'égard de tous les deux, mais ainsi que l'ont fait remarquer Cujas et Pothier, une telle solution serait trop contraire aux principes de l'Edit Carbonien et il faut dire « *si fratri impuberi..... pro parte pu-* « *beris.* » Il n'est pas douteux en effet que la question n'avait pas pu s'élever à l'égard de l'impubère, mais seulement en ce qui concerne le pubère, et Paul était d'avis que son état pouvait être discuté de suite.

Lorsqu'au contraire les deux frères étaient impubères lors du débat, l'affaire n'était examinée qu'au moment où le plus jeune atteignait la puberté.

7. — Mais que faut-il donc entendre par cette « *controversia statûs* » qui peut le cas échéant donner ouverture à la « *bonorum possessio Carboniana* » ? C'est une contestation, un « *déni* » de l'Etat auquel l'enfant impubère prétend avoir droit. Mais il faut se garder et c'est là une observation qui a son importance, de confondre état et filiation. Sans doute ce sera le plus souvent une question de filiation qui amènera l'application de l'Edit Carbonien, mais il n'y a rien là de fatal et il pourra arriver que cette question soit sans influence et ne puisse au point de vue qui nous occupe, être prise en considération.

Prenons un exemple. Soit un impubère appelé à la

succession de son père adoptif. Si on controverse son état, que dira-t-on? Que l'adoption a été irrégulière, ou même qu'elle n'a pas eu lieu, mais on laissera de côté la question de savoir s'il est fils d'un tel ou d'un tel, et, selon les cas, le bénéfice de l'édit Carbonien sera accordé ou refusé. Que si au contraire on soutient que l'impubère n'est pas né de tel père naturel, en aucun cas il n'y aura place pour notre « *bonorum possessio* » pourvu que le « *status* » soit inattaquable, en d'autres termes, que l'adoption ait été régulièrement faite.

Les textes nous apprennent que si on prétend que l'impubère n'était pas en la puissance du défunt, on soulève une question d'Etat pouvant donner lieu à l'application de l'édit. Voir en ce sens la loi 8 « *hoc titulo : decessit ego quem...* » Et cette décision n'a rien qui doive surprendre pour peu qu'on se rappelle combien on était traité différemment à Rome selon qu'on était ou non « *sui juris* ». Ainsi Secundus fils émancipé de Primus meurt laissant un fils impubère Tertius. Nous supposons qu'il n'est pas contesté que Tertius soit fils de Secundus. L'impubère Tertius se dit héritier sien et réclame la succession de son père émancipé. Le grand-père Primus au contraire soutient que le petit-fils Tertius a été conçu « *ante eman-* « *cipationem patris* », qu'il est par suite en sa puissance et sans droits sur la succession de son père. En pareil cas l'édit pourra s'appliquer.

On pourrait encore invoquer en ce sens la loi 1 § 4 « *hoc titulo* », qui prévoit un cas où se trouve en jeu la « *nova clausula Juliana* ».

Une telle solution, il est vrai, eût été impossible si on s'en fût tenu aux termes stricts de l'édit, mais on tint compte surtout des motifs justifiant la création de la « *bonorum possessio carboniana* », et on n'hésita pas à aller plus loin que ne le comportait la formule étroite employée par le préteur.

Mais qu'arriverait-il au cas où l'on contesterait à l'impubère la qualité d'homme libre, prétendant qu'il est né de parents esclaves? Cette hypothèse n'était pas textuellement prévue par l'édit du préteur qui parlait seulement du cas où la question était de savoir « *an inter liberos esset* ». Mais Antonin le Pieux décida, par un rescrit, qu'il fallait, à raison même de la gravité exceptionnelle de l'imputation dirigée contre l'impubère accorder sans hésitation le bénéfice de l'Etat : « *Quibus majus periculum intenditur... magis* « *consulendum est* ».

8. — Les quelques exemples que nous venons de donner permettent de se faire une idée exacte de ce que devait être la contestation d'Etat; mais pour être complets sur ce point, il nous faut ajouter que la « *controversia status* » devait impliquer une « *controversia de bonis paternis* », en d'autres termes, être soulevée en vue d'empêcher l'enfant impubère d'arriver à la succession paternelle.

Ainsi on conteste son état à un impubère dans le but de lui enlever la succession d'un frère consanguin, ou de l'empêcher d'obtenir les « *jura sepulcrorum* ».

Dans ces hypothèses, la « *bonorum possessio Carboniana* » n'est pas accordée.

Cependant, au cas d'impuberté, toute contestation d'Etat ne supposant pas une contestation de biens, était, non plus en vertu de l'Edit Carbonien, mais de Constitutions impériales (1), renvoyée à la puberté.

Mais ici se présente une situation intéressante à noter. Il pourra arriver que l'état de l'impubère ait commencé à être contesté même pendant la vie du père dont la succession est en litige. Ainsi Primus a un fils en puissance; peu de temps après son divorce avec Prima, cette dernière met au jour un second fils Tertius dont Primus conteste la légitimité. Pendant que dure le « *prœjudicium departu agnoscendo* », et avant qu'une décision soit intervenue, le père Primus décède laissant un testament dans lequel il institue son premier fils Secondus, sans faire mention de l'autre enfant Tertius. Le préteur devra alors décider qu'il n'y a pas lieu de continuer l'examen de la légitimité de l'impubère, mais d'admettre l'application de l'Edit Carbonien « *transeundum ad edictum « Carbonianum* » L. 3. p. 5. D. « *De agnoscendis liberis* » 25. 3.

9. — La contestation d'Etat (2) implique, avons-

(2) Le paragraphe « *Si pupillus* » de la loi 7 à notre titre, paraît contredire cette affirmation, mais ainsi que le fait remarquer Cujas, il signifie simplement que le renvoi de la « *controversia status* » ne peut avoir lieu en vertu de l'Edit Carbonien, ce qui est exact.

(1) Le droit pour l'impubère à la « *querela inofficiosi testamenti* » ne saurait, au point de vue qui nous occupe, remplacer la contesta-

nous dit une contestation de biens, elle n'a donc un sens qu'autant que l'impubère veut venir à la succession. Nous ferons observer cependant qu'il suffisait que le « *suus* » ou l'émancipé pût arriver à la succession par la « *bonorum possessio contra tabulas* » s'il y avait un testament, et par la « *bonorum possessio unde liberi* », s'il n'y en avait pas, mais qu'il n'était pas nécessaire qu'il y arrivât effectivement...

Ainsi le « *suus* » a laissé écouler le délai pendant lequel la « *bonorum possessio unde liberi* » pouvait être donnée, mais il a demandé et obtenu la « *bonorum possessio unde legitimi* » ; il pourra alors, s'il y a lieu, invoquer le bénéfice de l'Edit Carbonien.

On peut encore supposer que la « *bonorum pos-* « *sessio unde legitimi* » elle-même ne peut plus être accordée utilement ; l'impubère n'en aura pas moins la ressource de la « *bonorum possessio unde cognati* » sur laquelle pourra se greffer, s'il y échet, notre « *bonorum possessio carboniana* ». Ces solutions nous sont données par la loi 6 § 2 à notre titre. La possibilité de se présenter à l'une ou l'autre des trois « *bonorum possessiones* » auxquelles nous venons de faire allusion, tient à ce que « l'*heres suus* » réunit sur sa tête la triple qualité de « *suus d'agnat* » et de « *cognat* », de sorte que la dévolution, comme le fait

tion d'Etat « *qui de inofficioso dicere vult, carbonianam possessionem accipere non debet* ». L. 20. D. « *De inov. test.* » Liv. 5. tit. 27. Il s'agit alors en effet beaucoup moins d'une question d'Etat de filiation « *de jure filii* », que de la valeur même du testament « *de jure testamenti* ».

remarquer très heureusement Ulpien, a lieu de lui-même à lui-même « *ipse sibi succedit* ».

10. — Mais il va de soi que tout autre qu'un « *suus* » ou un emancipé ne pourrait invoquer le bénéfice de l'édit Carbonien sous prétexte qu'il aurait droit à la « *bonorum possessio contra tabulas* » ou « *unde liberi* ».

11. — En sens inverse, est-il indispensable, pour pouvoir être « *bonorum possessor carbonianus* » d'avoir demandé une « *bonorum possessio* » ordinaire, une « *b. p. edictalis* » ? C'est là une question qui ne manque pas d'offrir une certaine difficulté.

Si on ne s'en tenait qu'aux termes de la loi 1, § 3, à notre titre, la solution affirmative ne serait pas douteuse. Ce texte porte en effet « ... *his vero non* « *competere (carbonianum) qui reppelluntur a contra* « *tabulas bonorum possessione* ». La loi 3 princ. eod. peut aussi fournir un argument dans le même sens. « *Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabu-* « *las bonorum possessionem et intestati.* »

Enfin le § 15 de cette même loi 3 est peut-être encore plus formel. « *Oportebit qui se filium dicit* « *non solum bonorum possionem carbonianam acci-* « *pere, verum étiam ordinariam agnoscere.* »

Nous estimons cependant qu'il y a des cas où l'impubère pourra être « *bonorum possessor carbonianus* » sans avoir demandé une « *bonorum possessio edictalis* » ou « *bonorum possessio* » ordinaire.

Et tout d'abord nous pouvons opposer Ulpien à

lui-même, car dans la loi 1, § 4, *si tab. test.*, D. 38, 6, il ne s'explique plus de la même façon que dans le texte qui est placé à notre titre. Là, en effet, ce jurisconsulte nous dit, la « *bonorum possessio carboniana* » n'empêche pas de demander la « *bonorum possessio edictalis* ». Qu'est-ce à dire, sinon que le « *bonorum possessor carbonianus* » *peut* mais n'est pas *forcé* de demander la « *bonorum possessio* » ordinaire.

Et en faveur de notre opinion nous pouvons encore invoquer la loi 4 et la loi 7 § 8 à notre titre. Le premier de ces deux textes est de Julien, et il en résulte clairement que l'impubère qui n'a pas demandé la « *bonorum possessio edictalis* » se verra tantôt accorder, tantôt refuser la « *bonorum possessio carboniana* ».

Quant au paragraphe 8 de la loi 7, s'il fournit un argument décisif, il offre en revanche de singulières difficultés d'interprétation ! Cujas, Huschke, Fabricius, De Wangerow, Bachofen, Leist, ont tour à tour essayé de l'expliquer, et pour arriver à ce but, tous lui ont fait subir des altérations plus ou moins profondes.

Il est ainsi conçu :

« *Quœsitum est an simul et pupillus ex carbo-*
« *niano et scripti hœredes secundum tabulas bonorum*
« *possessionem haberent ? Respondi : Si filius non*
« *esset, aut non accepisset contra tabulas vel ab*
« *intestato bonorum possessionem, simul et ipsum ex*

« *Carboniano et scriptos hœredes secundum tabulas* « *habituros bonorum possessionem.* »

On voit donc que le jurisconsulte se demande si la possession de biens « *secundum tabulas* » de l'héritier institué peut concourir avec celle qui est donnée à l'impubère.

Il répond que ce résultat peut se présenter dans deux cas : 1° « *Si filius non esset* » ; 2° « *Si impubes non accepisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessionem* ».

Et tout d'abord la « *bonorum possessio tabulas* » de l'héritier institué concourt avec celle de l'impubère « *Si filius non esset* » que faut-il entendre par là ? Ici les auteurs s'embarrassent. Cujas pour sortir de la difficulté a recours à un procédé aussi simple qu'héroïque. Il biffe purement et simplement les mots « *Si filius non esset* » Ce mode d'explication est trop radical et trop commode pour que nous puissions l'admettre alors surtout que le membre de phrase « *si filius esset* » se retrouve dans le texte des Basiliques « εἰ μὴ ἐστὶν υἱος ».

M. de Wangerow a recours à un système diamétralement opposé : il ajoute au texte qu'il trouve incomplet et il lit : « *si filius non esset sed filia* ». Avec cette correction on fait prévoir au jurisconsulte Julien le cas suivant :

La fille impubère a demandé la « *bonorum possessio* » carbonienne. Mais elle n'a pu obtenir par la « *bonorum possessio contra tabulas* » plus qu'elle n'aurait eu, si elle était restée en la puissance du

testateur, par le « *jus accrescendi* ». Dès lors la fille émancipée n'a pu prendre qu'une part de l'hérédité et le reste s'est trouvé acquis aux héritiers institués, de sorte qu'on est en présence de trois « *bonorum possessiones* » coexistant au profit de personnes différentes : la « *b. p. secondum tabulas* » la « *b. p. contra tabulas* » et la « *b. p. Carboniana* ». Si l'interprétation de Cujas a l'inconvénient de supprimer plusieurs mots, on peut reprocher à M. de Wangerow d'ajouter au texte, de forger une espèce un peu compliquée et que rien n'indique avoir été la pensée de Julien. Aussi n'adoptons-nous pas cette façon de voir qui cependant a encore pour elle l'autorité de Fabricius.

D'après Huschke, Julien aurait eu en vue l'hypothèse d'un impubère qui en réalité n'est pas enfant du défunt ; après que cet impubère a obtenu la possession de biens ordinaire et celle de l'Edit Carbonien, on découvre tout à coup et d'une manière évidente qu'il n'est pas fils du défunt ; dans ce cas la possession de biens de l'Edit carbonien donnée à l'impubère et même la possession de biens « *contra tabulos* » étant considérées comme nulles et non avenues, rien ne s'oppose à ce qu'on donne de suite la possession de biens aux institués.

Cette explication est formellement contredite par la loi 12 à notre titre. Par cela seul que l'impubère demande et obtient une possession de biens ordinaire, il exclut les autres personnes appelées à son défaut par l'Edit du préteur.

Nous croyons devoir nous rallier ici à l'opinion de Leist. Cet auteur propose de lire « *si filius repudiasset* » au lieu de « *si filius non esset* ». Avec cette légère modification apportée au texte, il devient facile d'apercevoir l'hypothèse que Julien a visée.

Le « *de cujus* » a fait un testament et il a omis un « *heres suus* » : il y a donc lieu à la « *bonorum possessio contra tabulas* ». Le « *suus* » omis qui est impubère se contente de sa qualité d'héritier du droit civil, « *ab intestat* ». Il déclare formellement qu'il n'usera pas de son droit de demander la « *bonorum possessio edictalis (repudiat)* », ou il laisse écouler le délai imparti pour réclamer cette même « *bonorum possessio (non accipit)* », alors les héritiers inscrits peuvent demander la « *bonorum possessio secundum tabulas* ». Mais le « *suus* » vient à se raviser et il veut venir à la succession « *ab intestat* ». A cette prétention les institués répondent par une « *controversia statûs* » ; si l'impubère veut, il pourra demander et obtenir la « *bonorum possessio carboniana* ».

On voit donc (et c'est là ce que nous voulions montrer) que notre « *bonorum possessio* » peut être donnée seule, qu'elle n'implique pas forcément la demande préalable d'une possession de biens « *edictalis* » puisque nous venons de voir un cas où chacune de ces deux « *bonorum possessiones* » réside sur des têtes différentes. Et c'est même là un point qui a échappé à la perspicacité de Cujas. Si nous prenons en effet le commentaire que cet auteur

donne de la loi 11 à notre titre (1), nous y trouvons émise cette idée que la « *bonorum possessio carbo-* « *niana* » doit coexister avec une possession de biens ordinaire. « *Carboniana bonorum possessio non est* « *propria quædam bonorum possessio sed vel secun-* « *dum.....* » C'est dire clairement que la « *bonorum* « *possessio* » de l'édit Carbonien n'est qu'une certaine manière pour des cas particuliers de la « *bono-* « *rum possessio contra tabulus* » ou « *unde liberi* ». Cette façon de voir est repoussée aujourd'hui avec raison, croyons-nous, par l'école allemande. Nous lisons en effet dans Sintenis et dans Leist : « La « *bonorum possessio* » de l'édit Carbonien est une possession de biens particulière (*besondere*), d'une nature spéciale ; elle a une vie propre (*selbständig*) qui lui permet d'exister par elle-même à côté de la « *bonorum possessio* » ordinaire (*neben der ordinaria*) ».

12. — De l'ensemble des diverses considérations que nous venons de présenter, ainsi que des textes eux-mêmes, il résulte que l'édit carbonien ne pourra s'appliquer qu'autant que l'impubère aura un rôle passif dans l'instance « *de statu* ». Il faut qu'il soit attaqué « *patiatur* » et non pas qu'il attaque.

Ainsi Primus meurt : deux impubères Secundus et Tertius se disputent sa succession. La contestation peut se présenter sous deux formes différentes,

(1) Op. Cuj., t. 5, p. 359. Edition de 1658.

en d'autres termes, deux cas peuvent se présenter.

Chacun des deux impubères prétend être unique héritier (premier cas). La « *bonorum possessio car-* « *boniana* est alors accordée, quel que soit le demandeur ou le possesseur des biens.

Mais il peut se faire encore que Secundus se dise seul héritier alors que Tertius réclame aussi cette qualité conjointement avec Secundus dont il ne conteste pas d'ailleurs les droits (second cas). Il devient alors nécessaire de distinguer selon que c'est secundus ou Tertius qui arrive le premier à la puberté.

Imaginons que Secundus (le successible qui se dit seul héritier) devienne le premier pubère. La « *bonorum possessio carboniana* » est alors accordée et la question est renvoyée à la puberté de l'autre impubère, Tertius. L'édit toutefois ne s'appliquera que partiellement car il y a au moins une moitié de la succession qui est à l'abri de toute contestation.

Est-ce au contraire Tertius (le successible qui se prétend héritier conjointement avec Secundus) qui le premier atteint la puberté « *edictum cessat* ». Alors en effet, Tertius actuellement pubère sans doute se dit fils du de cujus, mais il ne conteste nullement cette même qualité à Secundus impubère qui est le provocateur, la seule cause du procès avec sa prétention au titre d'unique héritier : aussi l'instance ne sera-t-elle pas renvoyée à une date ultérieure.

Cette décision nous est fournie par la loi 3 § 10 à notre titre.

Ce texte est plus facile à lire avec les additions qu'y a faites Momsen : « *Si duo impuberes invicem* « *faciant statûs controversiam, interest utrum quisque* « *se solum filium dicat, an alter solus, nam si quisque* « *se solum dicat filium...* »

13. — Le droit pour l'impubère à la « *bonorum* « *possessio carboniana* » n'est soumis qu'à une condition de forme. Il doit, sous peine de déchéance, invoquer le bénéfice de l'édit du préteur dans un délai déterminé. Ce laps de temps est d'un an « *hæc* « *possessio intra annum datur.* ».

Nous avons vu que l'impubère pouvait réclamer la « *bonorum possessio* » ordinaire et qu'il y était même obligé, pour invoquer l'édit carbonien, lorsqu'il n'avait pas la qualité d'héritier du droit civil. Mais dans tous les cas, les délais de la « *bonorum* « *possessio* » ordinaire et ceux de la « *bonorum possessio carboniana* » sont indépendants, ils courent ou tout au moins peuvent courir séparément, leur point de départ n'est pas le même et il arrivera parfois que le délai pour demander l'une sera expiré alors que le droit d'invoquer l'autre ne sera pas encore perdu.

S'agit-il de la possession de biens ordinaire, le délai part du jour où a eu lieu la délation d'hérédité ; pour la « *bonorum possessio* » de l'édit Carbonien au contraire, le délai court dès l'instant où

l'impubère a connu la contestation dont son état était l'objet. Si donc on suppose la « *controversia statûs* » soulevée à l'époque même où s'est produite la délation de l'hérédité, on aperçoit que les deux délais se trouveront courir simultanément.

Ces quelques explications permettent de comprendre la loi 4 à notre titre, loi qui a embarrassé un certain nombre de romanistes.

Elle est ainsi conçue :

« *Ideo, si ex primâ parte edicti bonorum possessio-*
« *nem non petierit, alias poterit ex sequenti parte*
« *edicti ad exemplum carboniani accipere bonorum*
« *possessionem, alias non poterit ; nam si confestim*
« *post mortem patris controversia ei facta fuerit an*
« *inter liberos bonorum possessionem accipere possit,*
« *simul ad utriusque edicti causam annus cessisse*
« *videbit, si vero interposito tempore, scierit controver*
« *siam sibi moveri, poterit etiam finito tempore*
« *intra quod exprimà parte bonorum possessionem*
« *acceperat ex sequenti bonorum possessionem petere,*
« *quam quum acciperit perpetuo possessoriis actioni-*
« *bus utetur. Sed si post pubertatem contra eum judi-*
« *catum fuerit denegabuntur ei actiones* ».

Pour arriver à expliquer ce texte Cujus et Pothier ont supprimé (1) la négation « *non* » et lisent « *Si* « *exprima parte edicti bonorum possessionem petierit* ». Cette correction est encore admise par un certain

(1) Voir Cujas. *Comm. ad Jul. sub hac lege.* t, 7, p. 128, et Pothier. *Pandectes sub hoc titulo* n° 28, note 6.

Franciscus Zoanetta dans son « *Liber singularis* « *resolutionum ad libros L Digestorum* (1).

Avec cette lecture notre loi s'explique de la façon suivante :

L'impubère a demandé la « *bonorum possessio* » ordinaire « *ex primâ parte edicti* » et quand il invoque le bénéfice de l'édit Carbonien, le délai dans lequel s'accorde la possession de biens « *edictalis* » est expiré ; va-t-il réussir dans sa prétention ? A cette question le Jurisconsulte répond par une distinction. Tantôt il le peut, tantôt il ne le peut pas. Il ne le peut pas si de suite « *confestim* » on a soulevé la question d'Etat parce que, les délais des deux « *bonorum possessiones* » ont couru simultanément. La « *controversia statûs* » n'a-t-elle été au contraire soulevée qu'après un certain temps « *interposito tempore* » l'impubère ne se trouve pas alors forclos parce que le délai de la « *bonorum possessio carboniana* peut encore courir bien que le délai de la possession de biens ordinaire soit écoulé.

Nous croyons cependant, à la suite de Bachofen et de Von Wangerow, qu'il est possible d'expliquer le texte de Julien sans toucher à la négation.

Le Jurisconsulte a visé deux cas différents et pour chacun de ces cas il a donné la solution suivante : La question d'Etat (première hypothèse) a été soulevée lors de la dévolution de l'hérédité et l'impu-

(1) Voir le « *Thesaurus Ottoni* t. 4, p. 648 ».

bère a laissé écouler le délai pour demander la possession de biens ordinaire « *non petierit* ». Il est alors impossible de demander utilement soit la « *bonorum possessio carboniana* », soit la « *bonorum poosessio edictalis* ».

Imaginons maintenant (seconde hypothèse) que l'impubère n'ait connu la contestation sur son état qu'après la délation de l'hérédité et qu'il n'ait pas demandé la possession de biens ordinaire dans l'année utile, laquelle se trouve maintenant écoulée : Aura-t-il encore droit à la « *bonorum possessio* » de l'édit Carbonien ? Oui, puisque le délai accordé pour demander cette possession de biens, n'est pas encore écoulé.

A l'appui de cette interprétation on peut invoquer la traduction latine des Basiliques et un passage du « *Synopsis de Leuclavius* (*1*).

Une dernière remarque sur le texte de cette loi. Les mots « *exprimâ parte edicti* » (première ligne) et « *ex sequenti parte* » (deuxième ligne) font allusion, les premiers à la possession de biens « *contra tabulas* », et les derniers à la « *bonorum possessio* » de l'édit Carbonien. Quelques auteurs ont, il est vrai, vu dans l'expression « *ex sequenti parte edicti* » une allusion à la « *bonorum possessio unde liberi et unde legitimi* » mais, c'est là une erreur manifeste. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'ensemble de

(1) Voir Heimbach t. IV. p. 77, *et Leuclavius synop. Basilic.* — Liv. 4, tit. 4, n° 4.

notre texte et de se rappeler l'ordre des titres du Digeste. On sait que dans le classement de ces titres les compilateurs du Digeste ont suivi l'ordre de l'Edit, or, les Pandectes après avoir parlé de la possession de biens « *contra tabulas* » passent à la possession de biens de l'Edit Carbonien.

Le délai pour demander la « *bonorum possessio carboniana* » court, avons-nous dit, du jour où l'*impubère* a connu la contestation dont son Etat était l'objet. C'est là un langage qui évidemment n'est pas d'une rigoureuse exactitude, mais on a compris sans peine que nous avons voulu dire : Le délai part du jour où le tuteur a connu la « *controversia status* » soulevée contre son pupille. L'impubère ne saurait en effet avoir lui-même la « *scientia* » dont parlent les textes et qui est exigée pour que le délai puisse courir. Aussi la loi 7 § 2 à notre titre porte-t-elle : « *Dies quibus tutor scit, cedere placet* ». Et le tuteur pourra même, au moins au Bas-Empire, demander à prouver que c'est par « *rusticitas* » qu'il a laissé écouler le délai utile sans agir et que par suite son inaction ne saurait être comme une renonciation tacite au droit de demander la « *bonorum possessio* » pour son pupille impubère. (L. 8. C. — « *De his qui b. p. admitti* ».)

14. — Mais l'impubère, alors même qu'il se trouve à tous les points de vue dans la situation prévue par l'Edit, ne peut jouir de tous les avantages attachés à la « *bonorum possessio carboniana* », que s'il fournit caution. Cette condition n'est donc pas une

condition irritante, et son inaccomplissement ne saurait constituer une fin de non-recevoir opposable à la demande de l'impubère ; elle est seulement exigée pour que la « *bonorum possessio* » de l'Edit carbonien produise son plein et entier effet.

Il est d'ailleurs facile de justifier cette exigence du préteur. Il se peut que l'impubère, dans le procès « *de statû* » qui se déroulera à la puberté, succombe et alors il lui faudra restituer les biens du « *de cujus* » aux seuls et véritables héritiers Et c'est précisément en vue de la possibilité de cette restitution qui ne doit pas être illusoire, que l'Edit exige des garanties. Tous les droits se trouvent ainsi sauvegardés. Mais que faudra-t-il décider si l'impubère ne peut pas ou ne veut pas fournir caution? Devra-t-on accorder la possession de biens à l'impubère concurremment avec les adversaires? Le préteur avait admis ici une sage distinction. Si les adversaires du « *bonorum possessor carbonianus* » veulent donner des garanties, ils obtiennent à titre de compensation, « *pro satisdatione* » l'administration des biens héréditaires. Au cas contraire, il y a lieu de nommer un curateur qui est chargé de gérer la patrimoine litigieux. Nous ferons observer que les tuteurs de l'impubère n'ont à ce seul titre aucun droit acquis à être nommés curateurs. Mais ils peuvent demander au magistrat de les appeler à cette fonction (1), seulement, ils

(1) Voir L. 5, § 5 à notre titre.

n'auront sur les biens compris dans le patrimoine à l'occasion duquel s'élève le débat, que les pouvoirs que confère la curatelle carbonienne.

Il y a un cas toutefois où il n'y a pas à distinguer si l'impubère a fourni caution ou non. Lorsque les adversaires sont des « *liberi* » le prêteur leur accorde la possession de biens en même temps qu'au « *bonorum possessor carbonianus* ».

La caution que doit fournir l'impubère aura naturellement pour objet l'ensemble du patrimoine proprement dit et aussi les biens qui se trouveront soumis à la « *collatio bonorum* », s'il y échet. Mais quelle en sera la nature? L'impubère sera-t-il quitte avec une simple promesse « *nuda repromissio?* » Ou devra-t-il fournir une « *satisdatio* » c'est-à-dire prendre un engagement renforcé par des fidéjasseurs?

C'est évidemment à ce dernier parti que la raison nous commande de nous arrêter. L'impubère a été envoyé en possession, et cet envoi qu'il a obtenu peut durer longtemps, huit ou dix ans par exemple; on peut craindre raisonnablement soit des soustractions, soit des changements plus ou moins préjudiciables au patrimoine litigieux « *multa posse subtrahere, novare, moliri* »; aussi conçoit-on ici plutôt une « *satisdatio* » qu'une simple promesse. La règle générale d'ailleurs, en droit Romain, est que toute personne qui peut être tenue à un moment donné de rendre des biens qu'elle a entre les mains, doit promettre la restitution « *cum satisdatione* ».

Ainsi l'usufruitier, les légataires qui s'engagent « *evicta hœreditate legata reddi* » sont soumis à cette règle.

Enfin le langage même des textes qui sont placés à notre titre, c'est-à-dire au siège même de la matière ne laissent pas place au doute. Loi 1, § 1. « *Si* « *Satis ei non detur* ». L. 5, § 5. « *Cum in Satisda-* « *tione cessant* ». L. 5, § 2. « *Si satis non dedisset* » etc., etc...

Nous sommes donc ici en présence d'une stipulation prétorienne et cette stipulation doit être rangée dans la classe des « *stipulationes cautionales* » car elle a pour objet de faire naître une obligation : dans notre espèce, une obligation de restituer « *ei hœre-* « *ditatem simul quæ collata sunt, præstet* ». De cette remarque nous tirerons les deux conséquences suivantes :

*a.*) — Si les fidéjusseurs qui ont été fournis sont devenus insolvables ou même simplement insuffisants, l'impubère devra, s'il veut ne pas partager la possession des biens héréditaires avec ses adversaires, fournir de nouveaux fidéjusseurs. On sait que dans les stipulations conventionnelles au contraire, l'insolvabilité du fidéjusseur est aux risques du stipulant.

*b.*) — La satisdation que doit l'impubère, même au cas d'un accord commun, ne saurait être remplacée ni par le dépôt d'une somme d'argent, ni par

une sûreté réelle comme un gage ou un hypothèque. (L. 7, 1). « *De stipul. prætor.* 46-51 ». Nouvelle différence avec les stipulations libres où cette règle n'existe pas.

15. — Telles sont les conditions sans la réalisation desquelles ne saurait être accordée la « *bonorum possessio carboniana* ». Et c'est au préteur qu'il incombe de vérifier si la demande de l'impubère est fondée et doit être déclarée recevable, le magistrat aura donc à le livrer à une « *causæ cognitio* » à examiner l'affaire. Mais l'Edit n'exigeait pas qu'il procédât à des investigations approfondies « *summatim cognoscere debet prætor* ». Si les prétentions des adversaires de l'impubère manquent de tout fondement, ou bien si en sens inverse, il est de la dernière évidence que l'impubère n'a pas droit à l'Etat qu'il réclame, le préteur n'hésitera pas, il refusera de rendre son décret parce qu'il n'y a pas lieu d'accorder la « *bonorum possessio* » (1).

Ce premier point tranché, même en admettant que la contestation soit sérieuse, le préteur aura encore à se demander si l'affaire doit être renvoyée

(1) Dans ce cas, la « *controversia status* » sera vidée immédiatement et le bénéfice de l'Edit Carbonien se résumera alors pour l'impubère dans la possession du patrimoine héréditaire pendant l'instance. On se rappelle qu'à l'origine cette possession intérimaire des biens litigieux constituait la seule prérogative attachée à l'obtention de toute « *bonorum possessio* » quelle qu'elle fût. En ce sens, Demangeat t. II, p. 98, et Accarias, t. II, p. 441), en France, et en Allemagne : Franck, Dernburg et Fabricius : (Origine et développement de la « *bonorum possessio* ». Berlin, 1838).

à l'époque de la puberté. Et en effet, l'impubère lui-même peut avoir intérêt à ce que le procès soit jugé immédiatement; on peut craindre, par exemple, que les témoins qui doivent déposer en sa faveur n'existent plus lors de la puberté, ou encore, le pupille ne peut fournir caution, et les adversaires auxquels doit revenir l'administration de l' « *hæreditas* » n'offrent que des garanties insuffisantes. On aperçoit que dans tous ces cas, la « *bonorum possessio Carboniana* » introduite dans un but de protection de l'impubère, manquerait son but,

On voit maintenant ce que signifie la loi 3, § 5 à notre titre, lorsqu'elle dit: « *Duæ autem sunt causæ cognitionis: una dandæ, etc...* »

Pour mener à bonne fin la « *causæ cognitio* » à laquelle il doit procéder, le préteur s'avisera évidemment de se renseigner auprès de certaines personnes que leur qualité, leur situation, désignent naturellement comme pouvant éclairer sa religion. Nous nous bornons à indiquer avec les textes: la mère, les tuteurs, les agnats, etc...

Il trouvera aussi parfois dans les faits de la cause eux-mêmes des indications dont il tiendra compte pour former sa conviction. Ainsi, supposons que Secundus ait appréhendé la succession de son père Primus. Un des agnats, Tertius, soutient que Secundus n'est pas héritier parce qu'il n'est pas fils de Primus alors que, cependant, il est établi que Secundus a été reconnu par Primus.

Cette reconnaissance a évidemment une significa-

tion, et elle aidera puissamment le préteur à accorder à l'impubère, la « *bonorum possessio* ». S'il s'agissait au contraire d'un enfant impubère qu'on prétend être « *suppositus* », alors qu'il n'y a pas eu « *agnitio a patre* » parce que le « *de cujus* » croyait n'avoir pas d'enfants « *se sine liberis decedere credidit* » le préteur aurait à voir si malgré cette croyance du défunt, les apparences ne sont pas encore néanmoins en faveur de l'impubère. (Loi 9. hoc. tit.)

16. — Il nous faut enfin, avant de terminer cette partie de notre étude, signaler une exception que comporte l'Edit Carbonien.

L'impuberté de l'enfant n'empêche pas qu'on puisse soulever contre la mère une accusation d'adultère ou de supposition de part, et si la mère est condamnée, le bénéfice de l'Edit Carbonien est refusé à l'impubère. Comment justifier cette disposition ? C'est là une question sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord.

Cujas et Pacius admettent que, contrairement aux principes sur la chose jugée, la sentence rendue contre la mère, est opposable à l'enfant.

Accurse donne une explication dont le plus grand mérite est la simplicité. Il suppose que l'impubère a été mise en cause, et que dès lors la règle « *Res inter alios judicata....* » n'est pas violée.

Si la sentence rendue contre la mère avait autorité de chose jugée vis à vis de l'impubère, ce

résultat, selon nous, tenait à ce que la mère avait joué dans l'instance le rôle de « *legitimus contradictor* ». Et il n'est pas douteux que la théorie des légitimes contradicteurs ait été admise par le droit Romain. C'est là un point certain et qu'établissent incontestablement la loi 25 « *de statu hominum* », la loi 3 « *De collus. deteg.* », et la loi 3 « *De agnosc. et alendis liberis* ».

Or la mère figure au premier chef parmi les personnes auxquelles peut revenir le rôle de « *légitimus contradictor* », de sorte que ce qui a été jugé pour ou contre elle a force de loi vis à vis de tous. On conçoit donc que si la mère a été condamnée pour adultère il n'y ait non seulement plus lieu à la « *bonorum possessio* » de l'Edit Carbonien, mais que toutes les actions héréditaires, même la pétition d'hérédité soient refusées à l'impubère. Et c'est ce que décide formellement la loi 1 § 11 à notre titre «.... *si suppositum partum apparuerit, actiones* « *hereditariæ puero denegandæ ommia que* » (1), etc.... (Ulpien).

(1) Les mots « *recenti tempore* » qui se trouvent dans cette loi sont évidemment l'équivalent de « *in præsenti tempore* ». Cette expression se retrouve d'ailleurs dans d'autres textes avec le même sens. L. 25 « *si diutino,... D de Pœnis. 48, 19.* »

D'après Wissenbach la condamnation de la mère n'aurait d'autre résultat que de rendre impossible la « *bonorum possessio Carboniana* » parce qu'alors il n'y a plus « *l'ambiguitas causæ* » que exige l'Edit, mais l'impubère aurait le droit d'intenter les actions héréditaires et par voie de conséquence de faire juger à nouveau la question d'Etat. Cette explication est manifestement trop contraire au texte de notre loi 1 § 11 pour que nous puissions nous y rallier.

Les jurisconsultes romains n'ont peut être pas été très logiques en décidant que la condamnation de la mère pour adultère constituait une fin de non recevoir invincible à l'obtention de la « *bonorum possessio ex edicto Carboniana* », alors qu'ils admettaient (comme notre Code civil) que l'enfant né en justes noces, malgré l'adultère de la femme, peut avoir pour père le mari.

Si l'accusation de supposition de part dirigée contre la mère a échoué, on pourra encore demander à établir que l'impubère est né d'un adultère, et si on réussit à faire cette preuve, la « *bonorum possessio carboniana* » ne pourra plus être donnée.

Après la mort de la mère, l'accusation demeure encore possible contre le complice, même pendant l'impuberté de l'enfant, mais dans cette hypothèse, les textes ne nous disent plus que la sentence à intervenir aura l'autorité de la chose jugée vis à vis de l'impubère.

## CHAPITRE III

### EFFETS DE LA « BONORUM POSSESSIO CARBONIANA »

17. — La « *bonorum possessio Carboniana* » produit des effets fort importants que la loi 7, t. 4, h. t. résume d'une façon générale en disant: « *Quotiens « decretum Carbonianum interponitur eodem loco « rem haberi oportet quo esset si nulla controversia « fieret ei qui bonorum possessionem acceperit.* » Cette règle est toutefois trop absolue et il vaut mieux, croyons-nous, pour déterminer ces effets, distinguer ,selon que l'impubère a fourni ou non caution, de restituer l'hérédité à l'époque de la puberté, pour le cas où il serait jugé qu'il n'a pas la qualité d'enfant du défunt.

18. — Abordons donc la première hypothèse : § 1. L'impubère a fourni caution.

Il est alors mis seul en possession des biens héréditaires, à l'exclusion de tous autres. Cette règle souffre toutefois une exception. Nous avons vu en effet que si les adversaires de l'impubère eux-mêmes étaient des enfants du défunt, tous étaient envoyés en possession.

L'impubère a le droit d'administrer l'hérédité, d'intenter les actions personnelles contre les débi-

teurs de la succession. Réciproquement il doit répondre aux poursuites des créanciers héréditaires et s'il ne le fait pas, ces derniers peuvent demander et obtenir une « *missio in possessionem* » des biens de la succession pour se faire payer.

9. — Il peut aussi acquérir la possession des biens héréditaires qui se trouvent aux mains des tiers au moyen de l'interdit « *quorum bonorum* ». C'est là un point contesté toutefois, et quelques romanistes, notamment M. Acarias (1), refusent au « *bonorum possessor Carbonianus* » le bénéfice de l'interdit « *quorum bonorum* », parce que, disent-ils, cet interdit implique un « *animus domini* » qu'exclut évidemment la nature même de notre « *bonorum possessio* ».

Tel n'est pas notre avis, car une pareille doctrine est trop formellement contredite par un texte d'Hermogénien qui se trouve à notre titre et qui est très précis et très formel, nous voulons dire la loi 15. Là en effet, le jurisconsulte nous dit nettement : « *Hœc bonorum possessio..... ad adipiscendam possessionem..... prodest* ». Or nous lisons dans Gaius, L. V, § 144 : « *Adipiscendæ possessionis causâ interdictum accomodatur bonorum possessori quod appellatur « quorum bonorum* ».

Il nous semble difficile de renverser un pareil argument. Aussi a-t-on cherché un échappatoire et on

(1) V. t. II, p. 132. Précis de Droit romain.

a imaginé une explication qui, si elle est ingénieuse, n'infirme en aucune façon la portée et la signification décisive du texte d'Hermogénien que nous venons de citer.

Si l'impubère a droit à l'interdit « *quorum bonorum* » qui paraît être admis dans le cas prévu par l'Edit Carbonien, ce résultat tient, prétend-on, à ce qu'il a demandé et obtenu une possession de biens ordinaire concurremment avec la « *bonorum possessio Carboniana* ».

La réponse n'est pas décisive. Il y a, en effet, des cas, ainsi que nous l'avons vu, où l'impubère n'a qu'une « *bonorum possessio Carboniana* » seule, et cependant, le texte que nous avons rapporté ne contient aucune allusion à la coexistence des deux « *bonorum possessiones* » dont on nous a parlé, la teneur en est d'une généralité telle qu'elle ne comporte ni restrictions ni réserves.

20. — Mais l'impubère « *bonorum possessor Carbonianus* » pourrait-il intenter l'action en revendication ou la pétition d'hérédité ?

S'il s'agit de l'action en revendication nous trouvons à notre titre deux textes contradictoires. La Loi 3, t. 13, porte en effet « *non potest quantum* « *bonorum possessor Carbonianus singulas res petere* ».

Nous lisons dans la loi 15, au contraire, un texte d'Hermogénien que nous avons déjà rapporté : « *Hæc* « *bonorum possessio... ad res etiam persequendas.....* « *prodest* ». Est-il possible de concilier cette antino-

mie ? Peut-être pourrait-on dire avec M. Accarias qu'on refusera à l'impubère toute revendication particulière dans laquelle il ne pourrait triompher qu'en alléguant et en faisant constater sa qualité d'héritier. Aussi faut-il décider sans hésiter que l'impubère ne pouvait intenter ni la « *petitio hereditatis* » du droit civil, ni même la « *possessoria petitio « hereditatis* » (L. 3, § 13). Toutefois si l'impubère, malgré les prohibitions de l'Edit, s'avise d'intenter la pétition d'hérédité, il se verra repoussé par une exception de dol. Si vous vouliez, dira le préteur, que la question d'Etat se déroulât « *præsenti tempore* », il ne fallait pas demander la « *bonorum possessio Carboniana* ».

21. — On voit par ce qui précède que l'impubère, lorsqu'il n'est qu'un simple « *bonorum possessor Carbonianus* » ne se trouve pas à tous les points de vue dans la même situation qu'un « *bonorum possessor edictalis* ». On est même allé jusqu'à soutenir que le bénéfice de l'Edit Carbonien consistait à proprement parler dans une simple « *missio in possessionem* » et non pas dans une véritable « *bonorum possessio* (1) ». Cette doctrine est enseignée par Lœhr et Fœrster.

(1) L'intérêt de la question s'aperçoit sans peine. S'il n'y a pas véritablement « *bonorum possessio* », l'impubère ne pourra usucaper car il n'aura pas la possession mais une simple détention. Pour la même raison il n'aura que la ressource de l'interdit « *ne vis fiat ei...* » et non de l'interdit « *quorum bonorum* ». Il est vrai que Bachofen, tout en reconnaissant que l'Edit Carbonien a créé une véritable « *bonorum possessio* », ne donne cependant à l'impubère que l'interdit « *ne vis fiat ei...* »

Elle s'appuie d'abord sur un certain nombre de textes de notre titre, notamment sur la loi 7, § 15 « *duobus fratribus ex hoc decreto missis* » et sur les lois 3, t. 13 et 6, t. 16 « *missum autem ex Carboniano in possessionem... qui ex Carboniano missus est.....* », etc. Elle invoque ensuite le caractère intérimaire de la possession de l'impubère, la nécessité de la caution, le refus de la « *possessioria hereditatis petitio* » qui cependant est accordée au « *bonorum possessor* » ordinaire.

Nous ne pouvons, pour de nombreuses raisons, nous rallier à cette doctrine. Elle est formellement contredite par la plupart des textes lesquels parlent de « *bonorum possessio* » L. 1 §§ 8, 9, 10. L. 3 §§ 2, 3, 4, 5, 14, 15, 16. L. 7 § 4. Hermogénien est ici particulièrement précis. Ce jurisconsulte s'occupant dans la loi 15 des avantages que l'Edit Carbonien procure à l'impubère nous dit: « *Hæc bonorum possessio* ». Et Ulpien ne tient pas un autre langage (dans la loi 44. D. 38.6) où nous lisons : « *bonorum possessio Carboniana non impeditur.* »

Les délais pour demander la « *bonorum possessio Carboniana* » sont les mêmes que lorsqu'il s'agit des « *bonorum possessiones* » ordinaires, et d'un autre côté, ainsi que l'ont fait remarquer Cujas et de Wangerow (1), avec raison pas un seul des textes qui s'occupent de la « *missio in possessionem,* » ne contient la plus légère allusion à l'Edit Carbonien.

(1) De Wangerow. Lehrbuch § 5, 12, et Cujas Suv. L. 33. h. t.

Que le préteur ayant à régler une situation qui ne doit se prolonger que pendant un laps de temps relativement court se contente de la simple « *missio in possessionem* » c'est ce que la raison conçoit parfaitement, mais, tel n'est pas le cas où nous place l'Edit Carbonien : il se peut que dix ou onze ans restent encore à courir avant que n'arrive l'époque de la puberté, c'est à dire le moment où sera tranchée la question d'Etat.

Enfin l'impubère, qui a obtenu le bénéfice de l'Edit Carbonien, lorsqu'il y a un testament, est tenu, ainsi que nous le verrons dans un instant, de payer les legs ; or, une pareille obligation ne se comprend guère à la charge de celui qui est seulement « *missus in possessionem.* »

Nous persistons donc à admettre que l'impubère obtient une « *bonorum possessio* » qui pour être provisoire n'en est pas moins une vraie « *bonorum possessio* », et partant nous lui accorderons les actions fictices, bien que ce soit là un point contesté. Nous trouvons d'ailleurs, à notre titre plusieurs textes qui abondent en ce sens.

Ainsi, Julien, dans la loi 7 § 4 nous dit : Le bénéficiaire de l'Edit Carbonien « *quotiens decretum Carbonianum interponitur* », sera dans la même situation que s'il n'y avait pas eu contestation d'Etat.

Ulpien enseigne de son côté que les préteurs se sont efforcés de faire des impubères auxquels ils

accordent la « *bonorum possessio Carboniana* » de véritables « *bonorum possessores* (L. 3 § 13. h. j.)

22. — Toutefois, si l'impubère est un « *bonorum possessor* », il n'est qu'un « *bonorum possessor sine re* », car il resté exposé à une éviction possible, on ne sait pas s'il gardera ou non définitivement l'hérédité.

Mais le « *bonorum possessor Carbonianus* » mort avant d'avoir atteint la puberté transmet-il son titre à ses héritiers ?

En principe, la « *bonorum possessio decretalis* » n'est pas transmissible. La loi 2 § 12 au Digeste. 38.17 qui vise le cas d'une « *bonorum possessio furiosi nomine* » ne saurait laisser aucun doute à cet égard. Toutefois on s'accorde assez généralement à reconnaître que cette règle n'est pas applicable au « *bonorum possessor ex Edicto Carboniano.* » Et cette exception tient, ainsi qu'on l'a fait remarquer avec raison, à ce que l'impubère joint à sa qualité de « *bonorum possessor Carbonianus* » soit celle d'héritier, soit celle de « *bonorum edictatis.* » Le préteur qui en créant notre Edit avait eu en vue la protection de l'impubère et s'etait proposé de conserver intacts les droits de ce dernier, n'aurait pas atteint son but, s'il eût rejeté la transmissibilité. Remarquons ici en passant que les héritiers des adversaires de l'impubère morts avant la puberté pouvaient exercer les droits de leurs auteurs. C'était là une dérogation à la règle que la « *bonorum*

*possessio non agnita* » ne passe pas aux héritiers, mais l'équité ne permettait pas qu'il en fût autrement, ainsi que l'explique clairement la loi 12 à notre titre. Peut-être se produisait-il alors une « *restitutio in integrum* » mais c'est là une pure conjecture. D'ailleurs le droit civil lui-même n'avait pas fait de la règle « *hereditas nisi adita non trans-* « *mittitur* » une règle absolue.

En tous les cas la transmission du patrimoine n'avait pas alors lieu de plein droit et un décret du préteur était nécessaire. (LL. 4 et 5. D. 37, h.)

§ 2

23. — Arrivons maintenant à notre seconde hypothèse, au cas où l'impubère n'a pas fourni caution.

L'adversaire de l'impubère est alors envoyé en possession à condition toutefois de fournir lui-même caution, mais quels seront ses pouvoirs ? C'est là un point sur lequel les textes ne nous renseignent que très incomplétement. Ils se bornent à nous dire qu'il aura l'administration « *sibi committi administrationem* » et ils nous donnent quelques exemples. Ainsi il devra veiller à ce que les débiteurs héréditaires ne se libèrent pas par la prescription ; il pourra vendre les choses qui se détériorent facilement par le temps ou l'usage. D'ailleurs, bien qu'il ait fourni des garanties, on prend des précautions pour empêcher qu'il ne dérobe les choses qu'il pourrait facilement soustraire, et les papiers de famille notamment ne doivent pas rester entre ses mains : on pourrait

craindre en effet qu'il les fasse disparaître au cas où ils contiendraient des indications défavorables à ses prétentions. (L. 5, § 4).

Mais si l'adversaire ne fournit pas caution, les textes nous apprennent qu'on nommera un curateur auquel seront confiés les biens héréditaires et sur les fonctions duquel nous n'avons que fort peu de détails. La loi 5, § 1 à notre titre se borne en effet à nous dire : « *...curatorem constitui debere qui omnia « curet et actiones exerceat* ». Les actions dont parle ce texte sont évidemment les « *actiones hæreditariæ* » et non les « *actiones possessoriæ* » et elles sont données « *utiliter au curator Carbonianus* ». (Nous avons déjà vu que les tuteurs de l'impubère, à condition de fournir caution, pouvaient, sur leur demande, être appelés à ces fonctions de curateurs). Il serait peut-être téméraire d'entreprendre de déterminer avec précision l'étendue du mandat confié au curateur Carbonien; aussi nous bornerons-nous à indiquer. à titre d'exemples, certains actes qui devaient être et lui étaient effectivement permis.

Il devait poursuivre les débiteurs héréditaires qui menaçaient de devenir insolvables ou se trouvaient sur le point de se libérer par la prescription, interrompre toute usucapion en train de courir contre la succession litigieuse; il était aussi tenu de répondre aux poursuites des tiers et pouvait dans certains cas prêter serment, par exemple, dans l'hypothèse d'un procès relatif à la durée d'un bail, etc., etc.

24. — Ces principes posés, nous pouvons essayer d'abord l'examen de la loi 5, § 1 « *in fine* » à notre titre, loi embarrassante et que la plupart des interprètes n'ont expliquée (tant bien que mal) qu'en déformant son texte. Ce texte, qui appartient à Ulpien, est ainsi conçu; « *Si impubes non defendatur idcir-* « *coque missus sit in possessionem etiam adversarius* « *ejus cœtera cum pupillo possidebit, actiones here-* « *ditarias quis exercebit! et ait Julianus, curatorem* « *constitui debere qui omnia curet, et actiones exer-* « *ceat* ». — Jusqu'à présent aucun embarras. — Les mots: « *Si non defendatur* » sont évidemment l'équivalent de « *Si non satisdederit* » et le jurisconsulte supposant que ni l'impubère, ni l'adversaire n'ayant fourni caution, déclare qu'il y a lieu, ainsi que nous l'avons vu, de nommer un curateur. Mais la difficulté apparaît avec la fin du paragraphe.

« *Denique scribit etiam eum qui cum impubere* « *missus est in possessionem actiones posse adversus* « *curatorem intendere, nec esse prohibendum; nul-* « *lum enim per hoc prœjudicium hereditati fieri,* « *nam et adversus ipsum pupillum, si satis dedisset,* « *recte experiretur* ». Il est indiscutable que ce passage du texte est défectueux, car il est de la dernière évidence que l'adversaire qui n'avait pas fourni caution ne devait pas pouvoir intenter les actions héréditaires contre le curateur. C'eût été un véritable non-sens. Il faut donc certainement recourir ici à des corrections, mais auxquelles ? Nous estimons avec Leist qu'il suffit simplement de chan-

ger une lettre et de lire « *actionem* » au lieu d' « *actiones* ». Le changement est donc, comme on voit, très léger d'abord, et de plus il est autorisé par le texte même des Basiliques où nous lisons..... καὶ ἔχει κατ' αὐτοῦ ἀγωγην ὁ ἀντιδικος τοῦ ἀνηβοῦ Bas. XL. 5, t. 5, 1 a). Cette défectuosité de notre texte tient peut-être à une erreur du copiste qui, soit par inadvertance, soit intentionnellement, aura changé l'*m* en *s*. Avec cette lecture il devient assez facile de trouver un sens aux paroles d'Ulpien qui ferait allusion à la situation suivante : Lors de l'ouverture de la succession en litige, ni l'impubère ni son adversaire n'ont fourni caution ; plus tard, pendant l'impuberté naturellement, l'adversaire se ravise et il offre des garanties demandant qu'on lui donne la possession des biens héréditaires. La loi 1 § 6 à notre titre prouve qu'il devait être fait droit à sa demande « *possessio transfertur, adversario satis offerente* ». Mais comment procédera-t-il pour arriver à obtenir cette « *translatio* ? » Il pourra dit le Jurisconsulte « *actionem intendere* » et cette action est la « *petitio hereditatis* », mais comme cette possibilité paraît étrange, le texte a soin d'ajouter : il ne résultera de là aucun préjudice pour l'hérédité. En effet, on ne s'occupera pas dans l'action du fonds même du droit, on ne touchera pas à la question d'Etat que le préteur a cru devoir réserver pour une époque ultérieure. L'adversaire, en vue de s'assurer le rôle de défendeur dans le procès qui s'ouvrira à la puberté, demande qu'on lui donne la possession du

patrimoine héréditaire; pourquoi ne serait-il pas écouté. On voit donc que l' « *actio* » dont il est parlé dans la fin de la loi est tout autre chose que les « *actiones hereditariæ* » auxquelles il est fait allusion au début.

Amann a proposé une autre rectification : il déplace le mot « *adversus* » qui se trouve avant « *curatorem* » pour le placer après « *etiam* ». Il faut donc lire : « *Denique scribit etiam adversus eum qui* « *cum impubere missus est in possessionem actiones* « *posse curatorem intendere* ». Mais ne peut-on pas observer que s'il s'agit de l'exercice des actions héréditaires contre l'adversaire qui n'a pas fourni caution, le rôle de demandeur se trouve assigné naturellement aux créanciers ! de sorte qu'à la correction d'Amann il faudrait ajouter une autre correction ! autrement dit corriger Amann lui-même ! Il y aurait lieu alors en effet de remplacer « *curatorem* » par « *creditores* ».

En présence du laconisme et des lacunes des textes qui s'occupent du « *curator Carbonianus* » et de ses attributions, nous ne croyons pas devoir insister. Si le curateur était honnête et consciencieux, ses efforts devaient tendre à assurer dans la plus large mesure possible le maintien de la situation dans laquelle se trouvait le patrimoine héréditaire quand la « *bonorum possessio Carboniana* » a été demandée ; et, pour notre part, nous lui reconnaîtrons les mêmes pouvoirs qu'au « *curator ventris et bonorum* ».

Tels sont les effets de la « *bonorum possessio Carboniana* » qui varient selon que l'impubère a fourni ou non caution, mais il y en a d'autres qui sont indépendants complétement de cette condition et qui se produisent en toute hypothèse.

§ 3

25. — Effets indépendants de l'existence de la caution.

Tout d'abord l'impubère a droit de se faire nourrir, en toute occurrence, par l'hérédité, et c'est aussi la succession qui supporte les dépenses de son entretien et de son éducation. Il pouvait arriver que le préteur en accordant la « *bonorum possessio* » eût fixé lui-même le « *quantum* » de la somme qui pourrait être dépensée pour l'impubère; la situation était alors très simple, le chiffre alloué par le magistrat ne devait pas être dépassé. Au cas contraire, il ne pouvait être dépensé que « *pro modo facultatum pupilli* ». Et l'impubère n'était même pas tenu de restituer ces dépenses quand il ne conservait pas définitivement l'hérédité. Quant à l'adversaire, lors même qu'il obtenait l'administration des biens, il n'avait aucune créance d'aliments contre la succession à moins qu'il ne fût aussi lui-même enfant du défunt « *nam utique sunt alendi liberi* ».

Cette disposition de l'Edit que nous venons de rapporter repose évidemment sur une idée d'humanité. Il vaut mieux, disait le préteur, que l'adversaire trouve l'hérédité un peu amoindrie, si plus

tard l'impubère succombe dans l'instance de statu, que de laisser un enfant manquer de soins et d'aliments.

16. — Lorsque la reconnaissance de la qualité de descendant à l'impubère devait avoir pour effet de rompre le testament, l'Edit Carbonien voulait que toutes les dispositions du testament restâssent en suspens jusqu'à l'époque de la puberté (L. 3, § 11, h. v.). Ainsi dans le cas où le défunt aurait institué un esclave héritier nécessaire, si le posthume omis prétend que le testament a été rompu par sa naissance, et si l'esclave conteste à cet impubère la qualité d'enfant du défunt, l'institution et l'affranchissement ne produiront pas d'effets tant que durera l'impuberté.

On sait toutefois que Justinien dans une constitution introduite en faveur des esclaves, a décidé que les affranchissements resteraient suspendus pendant un an lorsqu'une contestation s'élèverait sur l'hérédité, mais qu'une fois ce délai expiré, la liberté serait toujours acquise, alors même que la contestation sur l'hérédité serait encore entière. (*Const. ult.* § 2. *De petit. hœred.* 3. 31).

Les affranchissements qui dépendaient du testament ne produisaient donc pas effet immédiatement. Quant aux legs et aux « *fideicommis* », leur exécution n'en pouvait être retardée que du consentement des légataires et des fideicommissaires, de sorte que ces derniers pouvaient exiger de suite ce

qui leur était dû, mais ils étaient alors tenus de fournir la caution « *evicta hereditate legata reddi* ». Cette solution semble contraire aux principes ordinaires du droit romain qui se montre toujours plus facile pour les affranchissements qu'à l'égard des autres libéralités; mais cette différence s'explique par cette considération qu'on peut en général revenir sur l'exécution d'un legs ordinaire tandis que l'affranchissement opère d'une façon irrévocable.

Nous ferons observer toutefois que cette obligation d'acquitter les legs mise à la charge du « *bonorum possessor Carbonianus* » ne se présentait pas souvent d'abord et de plus n'était pas très onéreuse quand elle existait.

Et en effet la « *bonorum possessio Carboniana* » qu'a obtenue l'impubère se greffe ou sur une « *bonorum possessio intestati* » ou sur la « *bonorum possessio contra tabulas* ». Or dans la première hypothèse, il ne peut être en principe question de legs, et dans la seconde, la « *bonorum possessio contra tabulas* » fait tomber toutes les dispositions à cause de mort et ne laisse subsister que les libéralités faites à certaines personnes, dont le nombre était assez restreint et limitativement déterminé. Le « *bonorum possessor Carbonianus* » était donc quitte en opérant la délivrance des legs faits aux personnes privilégiées, legs qui, d'ailleurs, étaient parfois réduits et de plus, ne pouvaient, tous réunis, dépasser une portion virile. Et encore nous faut-il supposer que l'impubère soit un « *émancipatus liber* », car le

« *suus* » ne paie même pas les legs faits aux personnes privilégiées. Et cette décision se comprend. Le « *suus* » peut arriver à la succession comme héritier « *ab intestat* », et alors il n'est pas tenu d'acquitter les charges testamentaires, d'où suit qu'on s'expliquerait mal que la « *bonorum possessio contra tabulas* » qu'il a demandée, pût avoir pour effet d'empirer sa condition (v. L. 15, *præ. de leg. præst. contra tab.)*. Cette observation permet d'apercevoir que l'impubère émancipé lui-même « *bonorum possessor Carbonianus* », n'aura pas parfois à acquitter même les legs privilégiés. Ainsi, le testateur, dans son testament, a omis ses deux enfants dont l'un est « *heres suus* » et l'autre « *impubère emancipatus* ». Le « *suus* » a demandé et obtenu la « *bonorum possessio contra tabulas* » concurremment avec l'émancipé impubère dont il a contesté l'Etat et auquel par suite a été accordé le bénéfice de l'Edit Carbonien. Ce dernier ne paiera même pas la moitié des legs privilégiés, car sa présence ne doit ni profiter ni nuire aux légataires, et s'il n'eût pas existé, les legs dont s'agit n'auraient pas été acquittés davantage, puisque l'autre héritier est un « *suus* ».

Ainsi se trouve donc justifiée notre remarque sur l'étendue de l'obligation du « *bonorum possessor Carbonianus* » au paiement des legs.

27. — Il résulte aussi des lois 15 et 16 à notre titre, de la loi 3, § 1), 37, 6. « *De collatione bonorum* » que l'impubère qui a bénéficié de l'Edit Carbonien

peut, selon les cas, ou exiger la « *collatio bonorum* » ou en être tenu. Et ce résultat n'a rien qui doive surprendre. L'impubère en effet n'est d'abord devenu « *bonorum possessor Carbonianus* » que s'il a *pu venir* à la succession soit par la « *bonorum possessio contra tabulas* » soit par la « *bonorum possessio unde liberi* » ; or ce sont là les deux seules « *bonorum possessiones* » à l'occasion desquelles puisse se poser la question de la « *bonorum collatio* ». En outre, lorsque l'impubère obtient la « *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* », nous avons vu qu'au moins en principe, les choses devaient se passer comme si la « *controversia statûs* » n'avait pas été soulevée.

Si l'impubère peut exiger la « *collatio bonorum* », ce n'est qu'à la condition de fournir une « *cautio* » dont l'utilité apparaîtra plus tard, s'il perd le procès de « *statû* » lors de la puberté. Elle assurera la restitution des biens compris dans la « *collatio* ». Mais, par une juste réciprocité, si lui-même, étant tenu de la « *collatio* » s'est acquitté de son obligation, « *cautio* »doit lui être fournie (L. 16, h. t.). Terminons nos observations sur cette matière de la « *collatio* » par deux remarques.

a). — Il pourra arriver fréquemment que l'impubère ait droit d'exiger la « *collatio* », mais lui-même en sera assez peu souvent tenu. Etant donné l'âge en effet auquel les Romains avaient fixé la puberté, il n'y aura guère que les biens qu'il doit à des libé-

ralités ou qu'il aurait conservés grâce à l'émancipation qu'il puisse rapporter (*conferre*).

*b*). — D'un autre côté, s'il s'agit de la « *collatio dotis* » dont parle la loi 15 à notre titre, elle ne saurait être due par la fille « *heres sua* » qui a obtenu la « *bonorum possessio Carboniana* » puisque par hypothèse même elle est impubère et que le mariage entre impubères était prohibé à Rome comme dans toutes les législations actuelles. Mais en sens inverse, la « *filia emancipata* » pubère pouvait être obligée par le « *bonorum possessor Carbonianus* », à la « *collatio dotis* ».

28. — Enfin un dernier effet de la « *bonorum possessio Carboniana* » est d'attribuer à l'impubère le rôle de défendeur dans l'instance, « *de statu et hereditate* » qui s'ouvrira à la puberté. Et il est très naturel qu'on lui reconnaisse ce rôle de défendeur lorsqu'il a fourni caution puisqu'il se trouve déjà en possession de l'hérédité; mais, même dans le cas contraire, il peut encore, au moment où commence le procès, se faire mettre en possession et prendre le rôle de défendeur, à la condition de fournir la caution qu'il n'a pas donnée pendant l'impuberté (L. 6, § 6, h. t.)

La loi 14 h. t. pourrait, il est vrai, paraître contredire cette solution. Elle suppose un impubère auquel le préteur a donné la « *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* », mais cet impubère, au moment où il a atteint sa quatorzième année, n'est pas

encore entré en possession parce qu'il n'a pas fourni caution ; le Jurisconsulte décide qu'alors il sera demandeur, toutefois, ainsi que le fait remarquer Cujus, il faut sous-entendre « *nisi satisdare paratus sit* », à moins qu'il ne soit disposé à donner caution. Au cas où il s'y refuserait, la possession de l'adversaire étant maintenue, l'impubère doit être demandeur, car, dans toute action réelle, il est de principe que le défendeur fournisse caution.

Il se peut aussi que l'impubère n'ait pas fourni caution, mais que l'adversaire étant au nombre des « *liberi* » tous deux aient été envoyés en possession : Qui sera alors demandeur ? Les textes, à notre connaissance du moins, ne contiennent pas de solution pour ce cas particulier.

## APPENDICE

29. — Que va devenir notre « *bonorum possessio Carboniana* » dans le droit de Justinien ?

Il faut procéder par voie de distinction. Dans le droit antérieur aux Novelles notre institution est restée ce qu'elle était à l'époque classique. (Droit à cette « *bonorum possessio* » pour l' « *heres suus* » ou « *emancipatus* » comme autrefois ; similitude dans les effets : possession des biens, créance d'aliments, etc...).

Mais en substituant la parenté naturelle à la parenté agnatique les Novelles ont profondément modifié la Législation Romaine sur le droit successoral. En 543 avec la Novelle 118 disparaissent la « *bonorum possessio unde liberi* » et aussi « *unde legitimi et cognati* » ; avec la Novelle 115, la « *bonorum possessio contra tabulas* » dans l'opinion des meilleurs interprètes, a aussi vécu ; la « *bonorum possessio secundum tabulas* » ne se soutient plus qu'à l'état d'institution purement théorique, on ne trouve restée debout que la « *bonorum possessio unde vir et uxor* ».

Toutefois chacun sait que ces modifications si graves de Justinien n'ont porté que sur les successions « *ab intestat* » et il suit de là que la théorie de l'exhérédation ainsi que de la « *querela inofficiosi*

*testamenti* » conservent encore un champ d'application. Ainsi, même à l'époque où nous nous trouvons, s'il s'agit de successions testamentaires, la distinction des « *sui* » et des « *extranei* » doit encore être faite, et il serait inexact de dire qu'après la Novelle 118 il ne subsiste plus aucune différence de situation entre les descendants « *per masculos* » et les descendants « *per feminas* », entre les descendants « *sui juris* » et les descendants « *in potestate* ».

Les deux « *bonorum possessiones decretales* », la « *bonorum possessio Carboniana* » et « *furiosi nomine* » ont certainement survécu à cet effondrement à peu près général du système des possessions de biens. Mais par la force même des choses, au milieu de cette évolution générale du droit héréditaire, notre « *bonorum possessio* » a dû se transformer forcément elle-même aussi soit dans les conditions d'application, soit dans ses effets.

Ainsi, à l'époque classique, n'était admis à demander la « *bonorum possessio ex edicto Carboniano* » que l'impubère qui aurait pu venir à la succession soit par la « *bonorum possessio contra tabulas* », soit par la « *bonorum possessio unde liberi* », s'il n'y venait pas effectivement. Or à l'époque où nous nous trouvons, cette condition n'aurait plus de sens puisqu'il n'y a plus ni « *bonorum possessio contra tabulas* » ni « *unde liberi* ». Aussi Windscheid a-t-il soutenu qu'on a dû dès lors accorder le bénéfice de l'Edit Carbonien à tout descendant quel qu'il fût, alors même qu'il n'aurait pas été au nombre

des « *liberi* ». Il faut reconnaître qu'une extension analogue avait été admise assez vite par les Jurisconsultes Romains en matière de « *missio in possessionem ventris nomine* ».

*b).* — L'impubère, dans l'opinion que nous avons cru devoir admettre a droit à l'interdit « *quorum bonorum* »; or, nous estimons pouvoir admettre que cet interdit au moment où nous sommes placés par hypothèse a disparu. (En ce sens on peut invoquer la loi 3 aux Basiliques, 40-9, et la glose du Scholiaste Théodose « *ad hanc legem* ».)

*c).* — La « *bonorum possessio Carboniana* » doit sans doute encore être demandée dans un délai de cent jours, mais Justinien ayant augmenté le nombre des « *dies utiles* », ce délai se trouvera par là même naturellement diminué.

*d).* — A l'époque classique un des effets de la « *bonorum possessio Carboniana* » » était de permettre à l'impubère, ainsi que nous l'avons montré, d'exiger la « *collatio bonorum* », de même qu'il pouvait en être tenu le cas échéant. Si on se rappelle que la « *collatio bonorum* » supposait l'existence soit d'une possession de biens « *contra tabulas* », soit d'une possession de biens « *unde liberi* » et que depuis la Novelle 118, il n'y a plus de « *bonorum possessio unde liberi* » ni plus de « *bonorum possessio contra tabulas* » depuis la Novelle 115, on peut être tenté de sou-

tenir que dans le droit postérieur aux Novelles la « *collatio bonorum* » a disparu. Nous ne croyons pas cependant qu'il en ait été ainsi. Et en effet, même postérieurement aux Novelles, les motifs qui autrefois justifiaient la « *collatio* », se retrouvent encore, puisqu'il y a encore des « *sui* » et des « *emancipati* ». Il est vrai qu'on fait remarquer que par application du principe nouveau écrit dans la Novelle 118, la « *collatio bonorum* » devait logiquement disparaître. Pourquoi le préteur avait-il imaginé le principe de la « *collatio* » ? Parce qu'il voulait être logique avec lui-même et ne pas reculer devant les conséquences de la rescision fictive de l'émancipation. Or, à une époque où les émancipés ne viennent plus en vertu d'une fiction mais d'une loi, il ne saurait plus être question de « *collatio* ». L'erreur est palpable, on confond le procédé et la cause. Le préteur n'exigeait pas la « *collatio* » parce qu'il avait admis une fiction, mais parce qu'il voulait créer l'égalité entre les « *sui* » et les « *emancipati* ». Or comme entre ces deux ordres d'héritiers, il y a encore inégalité même dans le droit des Novelles, la « *collatio bonorum* » conserve encore sa raison d'être.

*c*). — Il n'y a plus maintenant à se demander si le « *possessor Carbonianus* » a ou non les actions fictices, puisque la distinction entre les actions directes et les actions fictices n'existe plus.

*d*). — Enfin s'il est de principe que sous Justinien

toute possession de biens est « *cum re* » la « *bonorum possessio Carboniana* » par la force même des choses, en raison de la situation qu'elle suppose, doit rester en dehors de cette règle; l'impubère n'aura pas la certitude de garder l'hérédité, il pourra plus tard être évincé, mais comme ce résultat tient, non pas au plus ou moins d'efficacité du titre, mais à la question même de son existence, il demeure toujours vrai de dire qu'à cette époque toute « *bonorum possessio* » est « *cum re* ».

Et maintenant que nous sommes arrivés aux termes de notre étude, nous pouvons constater que la « *bonorum possessio Carboniana* » créée dans un but très louable: la protection des impubères n'était pas en elle-même, malgré les précautions du préteur, exempte d'inconvénients, et qu'elle offrait des dangers qui n'ont pas échappé aux Jurisconsultes romains, puisque les textes y font allusion eux-mêmes.

L'impubère, s'il a fourni caution, sera envoyé en possession, et comme dit la loi 3 § 5, peut-être osera-t-il « *multa novare, moliri....* »; de là pour l'hérédité un préjudice dont la réparation adéquate ne sera pas toujours en fait fournie par la caution.

Mêmes dangers et mêmes craintes si c'est au contraire à l'adversaire qu'ont été remis les biens héréditaires.

En outre, il ne devrait pas être très facile de déterminer avec précision les droits et pouvoirs des parties litigantes lorsqu'elles détenaient concurrem-

ment le patrimoine litigieux. Toutefois il faut reconnaître que la solution donnée par le préteur au cas où ni l'impubère, ni l'adversaire ne fournissaient caution était plus heureuse et plus en harmonie avec les tendances que révèle la pratique des législations actuelles. Quoi qu'il en soit, la « *bonorum possessio Carboniana* » et la « *bonorum possessio furiosi nomine* » restées debout même après les innovations de Justinien, ont survécu au droit romain des temps anciens, et passé dans le droit romain moderne.

# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN


Pages

INTRODUCTION. . . . . 7

CHAPITRE Ier. — A quelles personnes est accordée la « *bonorum possessio Carboniana* ». . . . 10

CHAPITRE II. — Conditions d'existence de la « *bonorum possessio Carboniana* » . . . . . 23

CHAPITRE III. — Effets de la « *bonorum possessio Carboniana* » . . . . . 50

§ 1. — Lorsque l'impubère a fourni caution . . . . . 50

§ 2. — Lorsqu'il n'a pas fourni cette caution . . . . . 57

§ 3. — Effets indépendants de la caution. 62

APPENDICE . . . . . 69

# DROIT FRANÇAIS

# DROIT FRANÇAIS

## DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Qu'entraîne pour la femme mariée

*LA QUALITÉ DE COMMERÇANTE*

### INTRODUCTION

1. — Depuis de longs siècles, par la force même des choses, les femmes ont été mêlées à la vie commerciale et industrielle. Cette remarque toutefois n'est vraie qu'à condition de ne pas reculer outre mesure dans le passé. Ainsi à Rome, s'il en faut croire Denys d'Halicarnasse, il était interdit au citoyen romain de se faire marchand « καλὴπον ἐχεἰν θιον » Et *a fortiori* cette prohibition s'appliquait-elle à la femme libre, à la matrona. On n'admettait pas que

les femmes pûssent, en dehors de la famille et du foyer, se livrer aux affaires extérieures. « *Majores* « *nostri,* disait Caton, *nullam ne privatam quidem* « *rem agere fœminas voluerunt.* » Aussi ne trouvons-nous comme ouvrières en laine, fileuses, couturières que des femmes esclaves travaillant soit pour le patron, soit pour le public, au profit d'un maître qui se faisait ainsi entrepreneur d'industrie. C'était même là, paraît-il, un genre de spéculation assez fructueux en général, et d'après Plutarque, le fameux Crassus aurait retiré du travail de ces esclaves plus de revenus que de toutes ses terres.

Mais, dès le début du moyen-âge, nous voyons les femmes se livrer soit au négoce, soit à l'industrie, tantôt pour le compte du roi, tantôt pour le compte du seigneur. D'après Eginhard, Charlemagne avait ordonné que ses gynécées fussent bien tenus, entourés de haies et munis de portes solides, afin que les femmes pûssent y travailler en paix. Quelquefois la femme jouissait d'une indépendance relativement plus grande; elle était en quelque sorte une fermière payant loyer avec une certaine quantité des produits de son travail : ainsi les femmes des tenanciers de l'Abbaye de Furden avaient le droit de fabriquer et vendre des chemises moyennant un prélèvement du 1/12 opéré au bénéfice de l'intendant de ladite abbaye (1).

(1) Voir *Prolego.* du Polyptique de l'abbé Irminon, p. 453. De Guérard.

Plus tard, par l'organisation même des corporations, elles furent investies du privilége de certains commerces et de certaines industries. Ainsi d'après M. Depping (1), il résulterait des règlements des prévots de Paris au XIII[e] siècle que les métiers de la broderie et du filage de la soie étaient à peu près exclusivement réservés aux femmes; en d'autres termes, on leur gardait l'exercice des professions les plus en harmonie avec leur sexe. Notre ancien droit se montrait même très libéral à l'égard des femmes qui voulaient se livrer au commerce ou à l'industrie. En effet, il permettait d'abord, même à la femme mineure de quinze ans, de commercer dans les lieux où il n'existait pas de maîtrise, et même dans les lieux où il y avait des maîtrises, s'il s'agissait de certaines professions qui n'étaient pas érigées en corporation. D'un autre côté, il admettait que, si elle était majeure, elle pouvait faire le commerce tant que le mari n'avait pas manifesté une volonté formellement contraire, et qu'à l'égard des opérations commerciales auxquelles elle se livrait elle était dégagée des règles de l'autorisation maritale. Ces principes sont formulés dans les plus anciens monuments législatifs. Ainsi nous lisons au chapitre 45 des Etablissements de St-Louis :

« Nul fame n'a réponse en cour laie, puisqu'ele « a seigneur, si ce n'est du fat de son corps..... —

(1) Règlement des arts et métiers.

« et plus loin, le texte ajoute : — Si ele était mar-
« chande, ele aurait bien seule la réponse des choses
« qu'ele aurait baillées de sa marchandise, autre-
« ment non (1). »

Quant à l'ordonnance de 1673, elle ne s'était pas bornée à ne pas interdire le commerce aux femmes, elle leur laissait même, par suite de son silence, une liberté trop grande, compromettante non seulement pour leur fortune personnelle, mais encore pour le patrimoine du mari (2).

Enfin, nous arrivons au Code de commerce actuel où est posé d'une façon très large le principe de la liberté du commerce : nous n'y trouvons aucune incapacité tenant au sexe. Et le législateur de 1807 est loin même d'être hostile à la femme, puisque mineure il lui reconnaît le droit de faire légalement le commerce, à la seule condition de remplir certaines formalités.

(1) Même dans les pays de droit coutumier, où contrairement à ce qui se passait dans les pays de droit écrit, on n'admettait pas qu'il fût possible à la femme de s'engager sans l'autorisation maritale, on édicta une règle spéciale en faveur de la femme marchande publique. La jurisprudence des parlements sur ce point est très précise. « *Negotiatrix mulier vinculisæs alienum solvere cogitur, licet in* « *sacris mariti constituta sit.* »

(2) Nous lisons en effet dans l'exposé des motifs des sept premiers titres du livre 1er du Code de commerce, présenté au corps législatif par M. Reynaud (séance du 1er septembre 1807). « En parlant des « commerçants, il fallait bien parler des femmes et des mineurs. « L'ordonnance de 1673 s'était trop peu occupée de ces deux classes « d'individus ; un mineur, une femme pouvaient trop aisément « compromettre, l'un, sa propre fortune, et l'autre, *sa fortune et* « *celle de son mari* en même temps. »

D'après le Code Espagnol, elle doit être âgée d'au moins vingt ans. Le Code Autrichien exige vingt-quatre années d'âge, ou pour parler plus exactement, il enjoint aux magistrats de n'accorder qu'avec la plus grande circonspection la faculté de commercer à qui a moins de vingt-quatre ans. Dans l'Amérique du Nord, paraît-il, les femmes se vouent exclusivement aux soins domestiques et ne s'occupent pas du négoce. C'est là d'ailleurs un genre d'occupation plus ou moins en harmonie avec le rôle social que la raison attribue à la femme; mais, à côté des exigences de la raison, il y a aussi les exigences de la vie avec lesquelles il faut compter, surtout à l'heure actuelle, où elles deviennent de plus en plus dures.

Or, permettre à la femme de faire le commerce, c'est mettre à sa disposition un moyen honorable de gagner sa vie, c'est lui permettre de subvenir dans une mesure plus large aux charges et besoins du ménage. D'un autre côté, les aptitudes natives de la femme sont loin de l'écarter de la pratique du négoce. Le plus souvent elle y apporte un grand tact, une finesse spéciale qui là, plus qu'ailleurs, sont indispensables au succès. Aussi la tendance actuelle semble-t-elle encourager la femme à entrer dans cette voie, et les statistiques sont là qui établissent que son intervention dans les affaires commerciales devient de plus en plus générale.

La ville de Lyon a même fondé une école commerciale spécialement destinée aux jeunes filles et

on parle de créer d'autres établissements du même genre dans les grands centres industriels.

Toutefois, comme la femme, en qualité de commerçante est appelée chaque jour à contracter des engagements relatifs à son négoce et que l'inexécution de tels engagements offre une gravité si exceptionnelle que le législateur a jugé à propos de la soumettre à une réglementation spéciale, la loi a prescrit et devait prescrire certaines conditions sans l'accomplissement desquelles la femme ne pourrait être marchande publique. Mais, en sens inverse et dans le but de faciliter la pratique du négoce par une augmentation de crédit vis-à-vis des tiers, le Code de commerce a restreint dans la plus large mesure, l'incapacité qu'entraîne pour toute femme le mariage. Sans doute la capacité de la femme commerçante varie selon qu'elle est mariée sous tel ou tel régime matrimonial, mais, en toute hypothèse, elle est plus étendue que pour la femme non marchande publique.

2. — Enfin pour terminer ces préliminaires quelques observations élémentaires sur lesquelles nous nous garderons d'insister.

*a).* — Il ne faut pas confondre la femme commerçante :

1° Avec la « *femme d'un commerçant* ».

Il va de soi que la femme qui n'est point alors elle-même marchande publique ne saurait à aucun

titre participer aux prérogatives ou aux obligations qui dérivent de la qualité de commerçant.

2° Avec la « *femme factrice de son mari commerçant* ».

La femme ne peut être dans ce cas regardée comme marchande publique puisqu'elle ne se livre pas au négoce pour son compte personnel.

*b*). — Pour désigner la femme qui fait régulièrement le commerce, dans la pratique, on se sert indifféremment des expressions « femme commerçante » ou « femme marchande publique ». La dernière terminologie est cependant employée de préférence par les textes du Code civil et du Code de commerce.

*c*). Nous ne rechercherons pas sous quelles conditions la femme doit être considérée comme marchande publique. Admettant que ladite qualité n'est ni contestée, ni contestable, nous nous demanderons dans quelle mesure elle modifie l'incapacité dont est atteinte toute femme mariée, d'après le droit commun. Cette question de la capacité de la femme mariée marchande publique n'a pas attiré, en France (1), d'une façon particulière l'attention

(1) Je dois cependant citer M. Cubain, avocat à la Cour de Paris qui, en 1842, a fait paraître un ouvrage intitulé : « *Des Droits des femmes en matière civile et commerciale.* » Ce travail est encore assez fréquemment cité, mais son auteur n'a consacré que quelques pages à l'examen de la condition juridique de la femme marchande publique. Il n'a donc pas pu nous être d'un grand secours.

des jurisconsultes, et elle n'a été, que nous sachions du moins, l'objet d'aucune étude de longue haleine. Il n'en a pas été de même en Allemagne, où un certain nombre de vieux auteurs ont examiné notre sujet. Je me bornerai à mentionner : Schultzen : *De Fæmina mercatrice.* — Ludovic : *De Muliere Cambiante,* Halloe, 1710. — Et Manzel : *De Fæmina mercatrice*, 1742, Francfort.

On voit donc par toutes ces considérations combien il est intéressant de chercher à préciser et à caractériser la situation juridique que nos Codes ont créée à la femme commerçante.

3. — Nous diviserons notre travail en trois grands chapitres.

Chapitre I^er^. — *Capacité de la femme commerçante.*

Chapitre II. — *Modifications que subit cette capacité selon que la femme marchande publique est mariée sous tel ou tel régime.*

Chapitre III. — *Question de procédure.*

## CHAPITRE Ier

### CAPACITÉ DE LA FEMME COMMERÇANTE

4. — Toutes les formalités requises par la loi pour que la femme puisse faire régulièrement le commerce ont été remplies, quelle va être la capacité juridique de la femme marchande publique? — On peut répondre en quelques lignes. De même que le mineur émancipé faisant le commerce, d'après l'art. 487 du Code civil, est réputé majeur pour tous les actes qui s'y rapportent, de même la femme mariée majeure autorisée par son mari est réputée fille ou veuve pour tout ce qui concerne son négoce.

L'art. 220 du Code civil porte, en effet, que la femme, si elle est marchande publique, peut, « *sans l'autorisation du mari,* » s'obliger pour tout ce qui intéresse son commerce. La même disposition se retrouve dans l'art. 5 du Code de commerce, et enfin l'art. 7 de ce même Code décide que les femmes marchandes publiques peuvent engager, aliéner, hypothéquer leurs immeubles, à moins qu'il ne s'agisse de biens dotaux qui ne peuvent être hypothéqués ou aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil.

Quant à l'expression « sans autorisation du mari » qu'emploie l'art. 220 du Code civil, il ne faut pas

se méprendre sur sa véritable signification. La femme étant marchande publique du consentement du mari, il suit que tous les actes qu'elle passe en ladite qualité de marchande publique sont implicitement autorisés par le mari. La loi s'est contentée ici d'une autorisation générale, au lieu d'une autorisation spéciale qui, de droit commun, est exigée dans tout acte où la femme s'oblige. Il faut reconnaître toutefois que nous sommes en présence d'une dérogation à ce principe que le mari ne saurait donner à la femme une autorisation générale de contracter.

On aperçoit donc que la capacité de la femme marchande publique est plus étendue que celle du mineur commerçant (1). En effet, le mineur ne peut aliéner les immeubles qu'en suivant les formalités prescrites par les art. 457 et suivants du Code civil, alors que la femme commerçante dispose seule et valablement de ses immeubles pourvu qu'ils ne soient pas dotaux.

Cette décision a été critiquée avec plus ou moins de raison par M. Valette (2), qui prétend que la « solution inverse seule eût été naturelle en pré- « sence de l'art. 1538 du Code civil. »

(1) Cette proposition n'est exacte toutefois que sauf restriction. Le mineur figure seul valablement dans les procès qui intéressent son commerce, la femme, dans la même hypothèse, a besoin de l'autorisation maritale.

(2) Voir Valette. Cours de Code civil, t. 1-135.

5. — Mais pour que la femme jouisse de la capacité exceptionnelle attachée à la qualité de commerçante, il faut et il suffit qu'il s'agisse d'actes concernant le négoce qu'elle a été autorisée à faire. Il n'y a donc pas à exiger en outre que l'acte rentre dans les art. 632 et 633 du Code de commerce, c'est-à-dire puisse être qualifié d'acte de commerce. Et c'est là une remarque qui n'est pas sans importance, car le nombre des actes relatifs au négoce de la femme est plus considérable que le nombre des actes de commerce proprement dits qu'elle peut faire. Si par exemple la femme autorisée à faire le commerce loue un magasin dont elle a besoin pour l'exercice de son négoce, il n'y a pas à proprement parler acte de commerce, car elle n'a pas loué dans le but de spéculer en sous-louant, et cependant il y a là un acte relatif à son négoce et qui par suite rentre dans les termes de sa capacité.

Donc en dehors de son commerce la femme reste soumise à l'application des principes du droit commun, elle demeure incapable, de sorte qu'elle ne peut, sans l'autorisation maritale, accomplir aucun des actes prévus par l'art. 217 du Code civil.

6. — Ces considérations montrent qu'il n'est pas sans intérêt de savoir si tel ou tel acte fait par une femme commerçante se rapporte ou non à son négoce puisque sa capacité est loin d'être la même dans les deux cas et que l'acte sera valable ou nul selon la réponse.

Quand donc pourra-t-on dire que l'acte a trait au commerce de la femme? C'est là une question à laquelle il est impossible de répondre *a priori* et que les faits et circonstances de la cause aideront à résoudre.

Ainsi il a été jugé avec raison qu'une cabaretière n'avait pu, sans l'autorisation maritale, être valablement constituée sequestre d'objets confisqués par des douaniers, parce que le fait du sequestre ne se rattachait pas à la nature du commerce qu'exerçait la femme. Autre exemple : La cour de Paris a décidé que la femme marchande publique ne pouvait, sans une autorisation expresse du mari, céder à un tiers l'indemnité d'expropriation à laquelle elle pouvait avoir droit comme locataire des lieux dans lesquels elle exerce le commerce (1).

Dans ces deux cas, on ne pouvait hésiter ; la solution à suivre s'imposait, mais il n'en est pas toujours ainsi et la jurisprudence a été parfois embarrassée pour statuer. Parcourons quelques espèces pour mieux mettre la difficulté en relief.

L'achat d'une maison, pour y établir une fabrique ou des magasins, est-il un acte que la femme commerçante puisse faire seule valablement? Quelques auteurs ont défendu la négative sous prétexte que l'achat d'un immeuble par une femme commerçante, même en vue de son négoce, n'est pas en lui-même un acte de commerce et que l'urgence et le besoin

(1) Voir S. 1868. 2. 114.

de célérité qui expliquent la dispense d'une autorisation spéciale ne se retrouvent pas ici.

D'ailleurs, s'il suffisait, ajoutent-ils, qu'un acte de la femme ait un rapport plus ou moins lointain avec le négoce qu'elle exerce, pour qu'il fût validé par l'autorisation générale du mari, on ne voit pas trop où et quand on s'arrêterait dans cette voie (1).

Nous ne pouvons nous rallier à cette façon de voir.

Dans l'espèce où nous nous sommes placés l'achat avait trait au négoce de la femme, dès lors elle a pu seule y figurer valablement. Dans la pratique ne voit-on pas tous les jours des commerçants prendre en vue des besoins de leur commerce des engagements d'un caractère purement civil et qui ne les rendent pas justiciables des tribunaux de commerce.

D'ailleurs avec la doctrine contraire on rend illusoire, inutile, l'art. 7 du Code de commerce très explicite et très formel pourtant dans sa teneur.

Et qu'on n'objecte pas l'art. 1538 aux termes duquel la femme ne saurait aliéner ses immeubles sans le consentement spécial du mari, ou l'art. 1427 d'où l'on a tiré quelquefois cette conclusion que la femme doit contracter comme marchande publique. Il est à peu près unaniment reconnu que ces articles sont rédigés d'une façon équivoque et trop générale, qu'ils doivent être corrigés par les art. 5 et 7 du Code de commerce, lesquels ont précisément

(1). Voir Vazeille, t. II n° 233.

pour but de déterminer la capacité de la femme commerçante.

L'art. 5 du Code de commerce permet à la femme de s'obliger de même que l'art. 7 du même Code l'autorise à aliéner et à hypothéquer ; nous sommes en présence d'un engagement qui intéresse le commerce de la femme, on ne saurait donc soulever de bonne foi aucune difficulté sérieuse.

Mais nous ne pouvons nous rallier à une décision de la Cour suprême qui a déclaré valable la vente d'un immeuble consentie « moyennant rente viagère » par une femme marchande publique, seule en l'absence de toute autorisation maritale(1). La double circonstance que dans l'espèce la femme était séparée de biens, que l'immeuble aliéné avait été acquis à l'aide de bénéfices réalisés dans le commerce n'était pas de nature, il nous semble, à modifier les principes du droit commun. Les conditions dans lesquelles avait eu lieu l'aliénation démontraient trop clairement qu'elle n'avait pas trait au négoce de la femme. Il fallait donc revenir aux principes généraux, c'est-à-dire à l'application de l'art. 1449 : « La femme ne peut aliéner ses immeu-« bles sans l'autorisation du mari. »

7. — Nous n'insisterons pas d'avantage sur ces questions d'espèce, où les faits, nous le répétons

(1) Sirey, 1815-1-39.

ont une importance décisive. Les tribunaux prendront en considération les circonstances, la fortune de la femme, l'importance et la nature de l'acte, etc., etc. Et cependant, même avec l'aide de ces éléments d'appréciation, il pourra arriver qu'ils hésitent à se prononcer sur le vrai caractère de tel ou tel engagement pris par la femme marchande publique et alors on se demande s'ils doivent dans le doute, présumer ou non que tout acte émané d'une femme publique marchande concerne son négoce ? Si oui, ce serait à la femme, au cas où elle invoquerait la nullité d'une obligation par elle souscrite, d'établir que ladite obligation dans la réalité des faits était étrangère à son négoce. Si non, c'est au créancier qui réclame l'exécution de l'engagement pris par la femme mariée qu'incombe la charge de prouver que cet engagement est valable comme se rapportant à son négoce.

Il y a là une difficulté qui a donné naissance à de nombreux systèmes, mais nous ferons remarquer avant de faire connaître toutes les divergences qui se sont produites, que la question dans les termes mêmes où nous l'avons posée, implique qu'on n'est pas en présence d'un de ces actes qui sont commerciaux par leur nature, et auxquels leur seule forme même attribue une cause commerciale. Ainsi la femme mariée et commerçante qui a souscrit une lettre de change est réputée s'obliger pour ce qui concerne son négoce. Même observation pour le cas où la femme aurait déclaré dans l'acte qu'elle a accompli,

qu'elle contractait dans l'intérêt de son commerce. La présomption serait alors encore en faveur des tiers, et la femme ne réussirait à faire tomber son engagement qu'à la condition d'établir qu'en fait, l'acte était étranger à son négoce. Mais, même sur ce terrain ainsi circonscrit, les auteurs sont loin d'être d'accord, et de nombreuses théories se sont produites. Elles peuvent être réparties en deux catégories.

8. — Dans la première catégorie, nous placerons deux systèmes absolument radicaux en sens inverse.

Dans la seconde catégorie trouveront place les opinions qui ont cru devoir procéder par voie de distinction.

Un premier système très net et très précis décide sans hésiter que tous les actes passés par une femme mariée, marchande publique, doivent être réputés étrangers à son commerce toutes fois que leur nature intrinsèque ne décèle pas leur caractère commercial (1).

On raisonne ainsi :

La femme mariée, quoique marchande publique, en principe demeure incapable, et son incapacité est le droit commun puisqu'elle n'est capable que pour les actes de son commerce. Or, quand on est dans l'exception, c'est à la personne qui invoque

(1) Bravard. article 5 du Code de commerce. — Pardessus, Droit commercial, t. I, nos 61 et 71.

l'exception d'établir qu'elle est fondée à le faire.

Et il n'y a pas à objecter ici l'article 638 du Code de commerce aux termes duquel les billets souscrits par tout commerçant sont présumés l'être pour leur commerce : Cet article, en effet, crée une présomption légale et il est de principe que les présomptions sont de droit étroit, c'est-à-dire, ne s'étendent pas d'un fait à un autre, d'un acte à un autre acte différent.

D'ailleurs, ajoute-t-on, l'art. 638 ne vise pas une question de capacité, mais bien une simple question de compétence. La rubrique même du titre sous lequel il est placé « *De la compétence des Tribunaux de Commerce* » en fait foi. L'article 638 n'a qu'un but : En cas de doute, permettre aux tribunaux de décider que le billet souscrit par un commerçant dont la capacité d'ailleurs est pleine et entière, doit être considéré comme une obligation commerciale. Mais dans le cas qui nous occupe, la question est entièrement différente car elle touche à la validité même de l'acte.

9. — Nous préférons l'opinion radicalement inverse qui non moins catégorique enseigne que tout acte passé par la femme commerçante doit être présumé fait pour les besoins de son négoce.

D'abord il ne nous sera pas difficile d'établir que l'art. 638 est parfaitement applicable à la femme mariée marchande publique. Et le texte même de

la loi et les motifs dont elle s'est inspirée justifient cette interprétation !

La présomption de commercialité étant attachée par le Code de commerce aux billets souscrits par un commerçant, puisqu'il s'agit d'une femme commerçante, pourquoi la présomption ne serait-elle pas applicable ? alors surtout qu'elle est justifiée à tous égards ! Le commerce en effet est la préoccupation dominante, l'affaire principale de ceux qui s'y livrent. Or ce commerce exige naturellement des capitaux et il est vraisemblable dès lors que les billets souscrits par un commerçant ont été créés précisément dans le but de constituer ou d'augmenter le capital commercial. Mais si tels sont les motifs de l'art. 638 du Code de commerce, ils doivent s'appliquer à tous les commerçants, sans distinguer entre les commerçants majeurs, mineurs émancipés ou femmes mariées.

D'ailleurs, en cas de doute, n'est-il pas raisonnable de supposer que l'acte passé par la femme est un acte de sa vie normale et habituelle plutôt qu'un engagement étranger à la profession qu'elle exerce.

Enfin quant à l'argument principal du système adverse fondé sur ce que pour la femme mariée l'incapacité demeure la règle et la capacité l'exception, il n'est nullement décisif. La femme mariée est incapable, dit-on, telle est la règle ; autorisée à faire le commerce elle est capable pour tout ce qui concerne ce commerce, voilà l'exception. Mais pourquoi ne dirait-on pas : la femme mariée munie de l'auto-

risation maritale, majeure, douée d'une volonté libre, est capable, telle est la règle ; à cause de certaines raisons de convenance et de protection, la femme mariée est incapable, voilà l'exception?

On voit donc que l'objection de nos adversaires est loin d'avoir la portée qu'on est d'abord tenté de lui reconnaître. D'ailleurs la majorité de la doctrine est en ce sens (1).

10. — Restent donc les systèmes de la seconde catégorie imaginés par les premiers annotateurs du Code civil et aujourd'hui à peu près abandonnés.

Toullier et Marcadé ont distingué entre les simples billets, d'une part, et les obligations consenties par acte notarié.

Aux lettres de change et billets à ordre ils appliquent l'art. 638 du Code de commerce ; s'agit-il au contraire d'actes de la seconde espèce, ils repoussent la présomption de commerciabilité par les raisons suivantes (2).

D'abord il n'est pas dans les usages que les commerçants souscrivent des obligations devant notaire ; ensuite l'emploi même de l'acte notarié indique assez que la femme avait tout le temps nécessaire pour recourir à l'autorisation du mari, laquelle eût levé

(1) Aubry et Rau. T. 5, n° 472, p. 73. — Valette. Cours de Code civil, t. 1er, p. 342. — Demolombe. T. 2, nos 301-302. Du Mariage. — Enfin Lebrun. Traité de la Communanté, liv. II, chap. I, sec. I. n° 10.

(2) Toullier, t. XII, nos 249-252. — Marcadé, art. 220, n° 3.

tous les doutes. Et enfin, où est ici le texte créant une présomption au profit des tiers ?

Cette théorie est trop arbitraire pour que nous puissions nous y rallier.

On ne fait pas d'actes commerciaux devant notaire, disent nos adversaires : soit, mais qu'importe une pareille remarque ? il s'agit de savoir non pas si l'acte notarié consenti par la femme est commercial, mais s'il concerne son négoce, si, par exemple, le montant d'un emprunt doit en être affecté à des opérations commerciales ?

La forme imprimée à l'obligation, ajoute-t-on, démontre surabondamment qu'il n'y avait pas urgence, que la femme pouvait prendre son temps. J'y consens, mais je ne puis tirer de là que cette conclusion, que la loi aurait pu exiger une autorisation spéciale dans l'espèce qui nous occupe, mais comme elle est muette sur ce point, nous ne saurions nous montrer plus exigeants que le Législateur lui-même.

Nous n'avons pas de texte ici, il est vrai, créant une présomption à l'égard des tiers, mais pourquoi la qualité même de l'emprunteuse ne suffirait-elle pas pour faire supposer la destination commerciale du prêt, que ce prêt soit consenti dans la forme authentique ou dans la forme sous-seing privé ?

Mais, — chose assez singulière, — les partisans de l'opinion que nous combattons font une concession qui est une arme véritable entre nos mains, et qui se retourne contre ses auteurs. Ils admettent

que la simple déclaration de la femme incapable serait suffisante pour renverser la présomption au profit de son co-contractant. Mais s'il en est ainsi, quelle garantie peut-on trouver dans une pareille déclaration qu'il sera toujours facile d'obtenir et pourquoi s'attacher à un formalisme aussi puéril qu'inutile ?

D'ailleurs, pour être logique, il faudrait aller jusqu'à décider que le prêteur doit justifier non seulement de la destination commerciale de la somme empruntée, mais aussi de sa réalisation, ce qui manifestement rendrait pour la femme tout commerce impossible.

Enfin le Législateur de 1807 a cru devoir habiliter la femme marchande publique à s'obliger seule, sans autorisation spéciale pour ce qui concerne son négoce : c'est là une concession grave sans doute, mais elle a été formellement faite, elle existe, pourquoi chercher à la soumettre à des conditions qui la rendraient illusoire ? Et précisément c'est ce qui arrivera si on impose au tiers prêteur la charge d'établir que l'obligation notariée a eu pour cause le commerce. Faudrait-il qu'il demande la représentation des livres de commerce, la communication de la correspondance, qu'il vérifie la caisse ? Et encore, même avec ces moyens d'investigation, arrivera-t-il au but poursuivi ? Autant vaudrait déclarer que la femme mariée ne peut faire le commerce.

Nous maintiendrons donc notre opinion : Tout acte passé par la femme commerçante doit être

présumé fait pour son commerce et l'absence même de toute déclaration n'empêchera pas l'acte d'être valable à l'égard du tiers lors même qu'il n'aurait pas eu pour cause le négoce de la femme, si le tiers d'après les faits avait pu légitimement croire que la femme agissait dans l'intérêt de son commerce. Il n'a en effet aucun moyen de surveiller l'emploi des fonds et partant ne doit pas être responsable de l'abus frauduleux qu'elle a pu faire de sa capacité, si lui-même n'a commis aucune imprudence.

Nous allons même plus loin. La femme marchande publique eût-elle déclaré même dans une lettre de change qu'elle s'engageait pour son commerce, nous ne la déclarerions pas non recevable à demander de prouver qu'il y a eu mensonge, qu'en réalité l'engagement souscrit était étranger à son négoce. Et en effet, à cette condition seulement on peut arriver à sauvegarder les droits du mari, car s'il en était autrement, les tiers, pour assurer la validité de l'obligation, ne manqueraient pas d'exiger, alors même qu'il ne s'agirait que d'un intérêt purement civil, que la lettre de change mentionnât la femme comme ayant agi pour son commerce. En ne voyant au contraire dans la présomption de l'article 638, lorsqu'il s'agit d'une femme commerçante, qu'une présomption « *juris tantum* » on évite une pareille fraude qui, sans aucun doute, se produirait fréquemment dans la pratique.

A ce point de vue spécial, la femme marchande

publique n'est pas traitée comme un commerçant ordinaire. Pour ce dernier, en effet, le billet ou la lettre sont considérés définitivement comme souscrits dans l'intérêt du commerce, à cette seule condition qu'aucune autre cause n'y soit exprimée ; la présomption de commercialité est alors une présomption « *juris et de jure.* »

11. — A la hauteur où nous en sommes arrivés dans l'examen de la difficulté qui nous occupe en ce moment, il est presque superflu d'ajouter que nous repoussons sans nulle hésitation le système de M. Duranton. Cet auteur s'est perdu dans des distinctions et des sous-distinctions absolument inadmissibles. Il admet que le billet souscrit par la femme doit être présumé relatif à son négoce, tandis qu'il en est autrement des obligations consenties devant notaire ; mais en cas de vente des immeubles c'est le tiers acquéreur qu'il fait bénéficier de la présomption de l'art. 638 (1).

Toutes les raisons que nous avons invoquées, soit à l'appui de notre propre système, soit comme moyens de défense contre nos adversaires trouvent encore ici leur place ; aussi nous n'insisterons pas et nous n'avons mentionné la théorie de Duranton qu'à titre de curiosité historique.

12. — Donc, en vertu de l'autorisation géné-

(1) Duranton. Traité des Contrats, t. I, n° 238, et Cours de Droit Français, t. II, n° 483.

rale donnée par le mari de faire le commerce la femme marchande publique jouira de la capacité la plus large. Elle pourra pour ce qui concerne son négoce acheter, vendre, hypothéquer, échanger, et ce, sans qu'elle ait besoin de recourir à une autorisation spéciale, car comme dit Pothier: « La « femme n'a pas toujours son mari à ses côtés qui « puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels le plus « souvent ne souffrent pas de retardement. » Toutefois il faut se garder d'aller trop loin et malgré la capacité reconnue à la femme commerçante il est certains actes au sujet desquels les pouvoirs résultant de l'autorisation maritale ont été contestés.

13. — Ainsi on s'est demandé si l'autorisation générale de faire le commerce accordée à la femme suffit pour l'habiliter à former avec un tiers une société commerciale.

La grande majorité de la doctrine et la jurisprudence admettent la négative. Nous nous prononcerons aussi en ce sens.

D'abord l'association qui naît de toute société crée pour la femme des rapports particuliers dont la convenance et l'intimité ne peuvent être appréciées que par le mari. D'un autre côté, rien n'est plus difficile que le choix d'un associé. Il faut connaître sa position actuelle, sa moralité, sa capacité et dès lors on comprend que le mari intervienne d'une façon spéciale pour ratifier un choix d'une telle importance. On nous fait remarquer, il est vrai, que

dans la vie commerciale, outre le choix d'un associé, il y a une foule d'autres opérations périlleuses et auxquelles cependant la femme peut procéder valablement. Ainsi, n'est-ce pas souvent chose délicate que de se choisir un acheteur, un commissionnaire, un dépositaire (1) ? Pourquoi vouloir que la femme soit protégée d'une façon spéciale contre les conséquences d'un acte déterminé de son commerce alors qu'on ne voit nul inconvénient à ce qu'elle demeure sans protection pour les autres actes ? Pourquoi ? Parce qu'ici nous sommes en présence d'un danger particulier, d'un danger qui n'est pas limité à une opération spéciale puisque toute société en général comprend une série d'opérations dont les risques sont multiples.

D'ailleurs avec la doctrine adverse on exagère outre mesure la portée de l'autorisation que le mari a donnée à sa femme de faire le commerce. Tant que la femme se livre seule au négoce elle est couverte par le consentement du mari, mais il ne peut plus en être ainsi si par le fait même de la société elle a substitué à une exploitation personnelle seule concédée une exploitation sociale avec toutes les obligations y afférentes.

Mais nous croyons devoir écarter de la discussion un argument qu'on rencontre dans certaines décisions judiciaires. Autoriser la femme à contrac-

(1) Voir : Massé. Droit commercial n° 1046. — Bédarride. N° 89, Des commerçants. — Un arrêt de la Cour de Caen, 1828, S. 30 2 323.

ter seule une société avec des tiers, ont dit certains tribunaux, ce serait paralyser pour toute la durée de la société l'exercice du droit réservé au mari de retirer en tout temps son autorisation. Une telle objection ne saurait être admise, car malgré l'existence de la société, le mari peut toujours retirer l'autorisation qu'il a accordée. La Société, dès sa naissance, a été subordonnée à la condition du retrait de l'autorisation maritale, de sorte que les tiers ne sauraient alléguer aucune surprise (1).

Nous n'accorderons même guère plus d'importance à un certain raisonnement que nous opposent les partisans de la doctrine contraire.

La femme a le droit incontestable, prétendent-ils, d'acheter et revendre une partie des marchandises de compte à demi avec un tiers ; c'est là une opération commerciale de chaque jour. Or, s'il en est ainsi, pourquoi n'agirait-elle pas valablement en répétant plusieurs fois cet acte de commerce, car la multiplicité d'un même fait n'en saurait changer le caractère ?

Que la femme puisse procéder à l'achat et à la revente de compte à demi avec un tiers d'une partie des marchandises, c'est ce que nous avons garde de contester, mais telle n'est pas la question qui nous occupe : le point controversé est de savoir si la femme peut, même pour l'exploitation de sa branche de commerce ou d'industrie, former seule

(1) V. Sirey 1860, 1. 74.

avec un tiers une véritable société ? Et, nous entendons par là une association en vue d'une suite non interrompue d'affaires (1).

Nous ferons remarquer toutefois que si la Société dans laquelle est entrée la femme sans autorisation est une Société en commandite, comme le nom du commanditaire ne se révèle pas aux tiers, la femme ne pourrait faire prononcer la nullité de la commandite à l'égard de ces mêmes tiers.

Mais si nous exigeons une autorisation spéciale du mari pour que la femme puisse s'engager valablement dans les liens du contrat de société, nous admettons que ladite autorisation peut n'être que tacite. On ne saurait en effet être ici plus exigeant que lorsqu'il s'agit de faire le commerce, cas où l'on se contente du consentement implicite du mari. La jurisprudence d'ailleurs est en ce sens.

14. — Mais la difficulté que nous examinons peut encore se présenter sous une autre face. Le mari pourrait-il autoriser sa femme à contracter une Société non plus avec un tiers mais avec lui-même.

Indiquons d'abord sous quelles conditions la question se pose.

On sait qu'à propos de l'art. 1595 du Code civil,

(1) Dans le sens de la négative que nous avons adoptée, voir : Demolombe. T. II du Mariage, n° 297. — Lyon, 28 juin 1866, S. 1867, 2, 146. Cassation, 9 novembre 1859, S. 1860, I. 74.

les auteurs se sont demandé s'il fallait permettre entre époux seulement les contrats à titre onéreux que la loi a autorisés, ou si au contraire ces mêmes contrats devaient être validés toutes fois qu'il n'y a pas dans la loi une prohibition précise. Adoptons le second parti, mais il reste encore une autre difficulté. Faut-il ne pas tenir compte de cette circonstance que le mari est intéressé à donner son autorisation, ou au contraire appliquer l'adage « *Nemo potest anctor? esse in rem suam?* » Si nous supposons que le mari peut autoriser la femme, alors même qu'il a un intérêt personnel à donner son autorisation, la difficulté à laquelle nous venons de faire allusion se présentera alors sur son vrai terrain et c'est là que nous allons chercher à la résoudre.

Nous estimons qu'il ne faut pas hésiter à prohiber entre époux le contrat de Société.

Accepter la solution opposée serait, en effet, mettre à la disposition des conjoints un moyen trop commode de se faire, sous forme de gains sociaux, des avantages irrévocables alors qu'il est de principe que toute donation faite au cours du mariage est essentiellement révocable.

D'un autre côté, l'existence même de la Société porterait une atteinte grave aux droits résultant de la puissance maritale sur la femme, droits qui sont l'apanage du mari comme chef de l'association conjugale et dont la loi lui interdit formellement l'abandon. L'association entre époux est incompa-

tible avec les droits et les pouvoirs du mari, car elle crée entre associés une égalité de droits et de pouvoirs.

D'ailleurs le texte même de la loi est la condamnation de la doctrine contraire. Les articles 5 du Code de commerce et 210 du Code civil, au cas où la femme se borne à collaborer au commerce du mari, déclarent qu'elle ne doit pas être considérée comme commerçante, il faut qu'elle se livre à un négoce séparé. Il suit donc que la femme ne saurait être l'associée du mari puisqu'on ne voit dans sa collaboration qu'un mandat, alors qu'il est certain, s'il s'agissait d'un tiers, qu'on supposerait non plus un mandat mais bien une Société, de sorte que le collaborateur autre que la femme se trouverait personnellement obligé envers les tiers.

Enfin aux termes de l'art. 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent après le mariage recevoir aucun changement par la seule volonté des époux, quel que soit le régime sous lequel ils se sont placés, c'est là un principe fondamental en matière de contrat de mariage ; or, avec la possibilité d'un contrat de Société, il devient loisible aux époux de modifier respectivement leurs rapports et droits pécuniaires, et partant, de battre en brèche impunément la règle de l'incommutabilité des conventions matrimoniales.

Et c'est même sur cet argument que nous nous appuyons pour rejeter toute la série des distinctions imaginées par les auteurs. Nous n'admettons pas

avec Duvergier que la prohibition ne s'applique qu'autant que les époux contracteraient une société universelle (1), ni avec Molinier que l'association défendue sous le régime de la communauté devient permise au cas de séparation de biens (2).

Toutes ces décisions nous semblent trop arbitraires : sans doute, suivant que les époux pourront être mariés sous tel ou tel régime, les modifications au contrat de mariage que fait craindre la Société seront plus ou moins profondes, mais toujours est-il qu'elles existeront. Aussi persévérons-nous dans notre opinion qui a l'avantage d'écarter les conflits d'intérêts que pourrait faire naître la Société au détriment de l'union et de la bonne harmonie du ménage (3).

Nous ne refusons pas toutefois d'admettre un tempérament à notre doctrine et nous ne voyons aucun inconvénient sérieux à ce que deux époux puissent prendre des actions dans une même Société lorsque cette Société constitue une simple associa-

(1) V. Contrat de Société, n° 103.

(2) V. Molinier, t. I, p. 151.

(3) Nous avons suivi ici l'opinion de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, aussi nous bornerons-nous à mentionner pour mémoire les autres systèmes qui se sont produits et que nous n'avons pas énumérés au texte. Quelques auteurs admettent entre époux une Société commerciale même en nom collectif avec un objet determiné et des apports restreints sous ce prétexte qu'une telle Société ne serait pas de nature à modifier les conventions matrimoniales. D'autres ne se refusent pas à autoriser l'associaton entre époux même sous le régime de communauté, car la femme peut y mettre en pleine propriété quelques-uns de ses immeubles propres, et *a fortiori*, ils étendent leur solution à tous les régimes où la femme possède une plus grande quantité de biens propres, par exemple, au cas de séparation de biens partielle.

tion de capitaux, comme la Société anonyme, et non à la fois une association de personnes et de capitaux, comme la Société en nom collectif. Il n'y a là qu'un placement de fonds, et cette circonstance qu'un des conjoints fait partie d'une Société de ce genre ne nous semble pas de nature à entraîner forcément l'exclusion de l'autre.

15. — La femme commerçante en vertu de la seule autorisation générale de faire le commerce, peut-elle cautionner seule la dette commerciale d'un autre commerçant? S'il s'agissait d'une dette civile, aucun doute ne serait possible, l'autorisation spéciale du mari serait nécessaire, mais le cautionnement de la dette commerciale a soulevé des controverses parmi les auteurs.

Il y a d'abord un cas où notre question ne se pose même pas, et que par suite nous écartons immédiatement du débat: — La dette à laquelle se rattache le cautionnement est aussi une dette personnelle de la femme. — Cette réserve faite, nous estimons que dans toutes les hypothèses, la femme ne peut seule cautionner un tiers commerçant, ce tiers fût-il son associé. Et cependant, objecte-t-on, le cautionnement donné par la femme intéresse alors son négoce et par suite on se trouve dans les termes des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce (1).

(1) Voir Merlin. V°. Autorisation maritale, t. 1, lec. 7, n° 6. Vazeille, t. 2, p. 332.

Mais c'est là une affirmation erronée et que nous ne saurions admettre. Le cautionnement que la femme souscrit dans l'intérêt d'un tiers, alors même que ce tiers est marchand associé d'intérêts avec elle n'est pas relatif à son négoce et par suite excède sa capacité. En effet, après avoir cessé d'être commerçante, la femme pourrait encore aussi bien cautionner ce marchand : il y a donc là une preuve que le cautionnement n'est pas une suite de son commerce; elle peut sans aucun doute avoir intérêt à ce cautionnement, mais ce même intérêt peut aussi se présenter à l'égard de tout autre débiteur, même d'une obligation civile.

Il y a plus, nous nous demandons comment, avec la distinction proposée par les auteurs, le tiers pourra savoir que son débiteur est associé d'intérêts ou non, avec la femme qui cautionne ?

16. — La qualité de commerçante permet-elle à la femme d'acquérir un domicile distinct du domicile conjugal ? La question s'est posée dans les conditions suivantes. Une femme marchande publique avait son établissement de commerce dans un lieu autre que celui où se trouvait le domicile du mari ; à la suite de mauvaises affaires, elle fut déclarée en faillite : quel tribunal de commerce était compétent pour connaître de la faillite ? Le tribunal de commerce du domicile du mari ? ou le tribunal du lieu où la femme se livrait au négoce ?

La jurisprudence a admis la compétence du tri-

bunal du lieu où la femme avait son établissement de commerce. La Cour de cassation s'est évidemment laissée guider ici par des considérations pratiques dont on ne saurait méconnaître la gravité. Elle a voulu sauvegarder l'intérêt des créanciers qu'il eût été trop dur d'appeler à produire à Paris, par exemple, parce que le mari y a son domicile, alors que la femme débitrice en faillite fait le commerce à Marseille.

La décision de la cour suprême offre encore cet avantage qu'elle permet d'arriver à une plus prompte et plus facile liquidation de la faillite. Enfin elle peut, en droit pur, se justifier de la façon suivante.

La femme marchande publique peut toujours à raison des actes qui concernent son négoce être assignée devant le tribunal du lieu où elle fait le commerce, alors même que le domicile du mari serait ailleurs. Si la femme conserve pour les actes de la vie civile le domicile que la loi lui assigne, elle peut donc en ce qui concerne les actes du commerce, acquérir un domicile spécial. Aussi la logique demande-t-elle que, la femme venant à cesser ses paiements, le tribunal du lieu où se trouve son établissement, puisse déclarer la faillite. En effet, la faillite n'est-elle pas un état essentiellement commercial ? Elle est la sanction au cas d'inexécution des engagements pris par un commerçant, et comme le faisait remarquer M. Mazeau, ancien ministre de la justice : « il serait singulier que précisément à

« propos d'un évènement de cette nature, le domi-
« cile spécial de la femme fut absorbé par le domi-
« cile conjugal. »

Cette théorie toutefois, quelque louables que soient les motifs dont elle s'inspire, n'est pas à l'abri de toute critique.

Elle crée au profit de la femme marchande publique un domicile spécial et c'est là une conception inconnue à notre droit. Que la femme commerçante soit censée avoir fait élection de domicile là où elle exerce son négoce, nous y consentons, mais si nombreuses que soient les élections de domicile qu'une personne fait dans un même endroit, elles sont impuissantes à y créer un nouveau domicile général à qui en a déjà un. Or, il est certain que le domicile dont parle l'article 438 du Code de commerce est le domicile *réel* et non le domicile *élu*. En droit français, il n'est pas plus possible de ne pas avoir de domicile que d'en avoir deux. ( On sait qu'à Rome, au contraire, la pluralité de domiciles était admise.) Nous croyons donc qu'il n'y a que deux solutions possibles.

Ou la femme marchande publique conserve le domicile que l'article 108 du Code civil lui assigne, et c'est là alors seulement que la faillite sera régulièrement déclarée.

Ou grâce à sa qualité de commerçante elle acquiert un domicile spécial , lequel vaudra non seulement pour les actes de la vie commerciale mais aussi pour les actes de la vie civile. Et

nous nous rangerions assez volontiers à cette façon de voir.

Quel est, en effet, le fondement de l'art. 108 du Code civil aux termes duquel la femme ne saurait avoir d'autre domicile que le domicile du mari ? Deux interprétations ont été proposées.

L'art. 108, d'après quelques auteurs, se rattache à l'obligation imposée à toute femme mariée d'obtenir pour tous les actes de la vie juridique l'autorisation du mari. Si on admet cette explication, la femme même marchande publique, au cas qui nous occupe, ne saurait acquérir un domicile distinct du domicile du mari. La femme commerçante, en effet, doit, comme pour les actes de la vie civile, être autorisée à soutenir le procès même concernant son négoce, et s'il s'agit d'actes de son commerce, elle a dû être habilitée par une autorisation générale.

Mais on peut dire aussi et avec plus de raison, croyons nous, que l'article 108 du Code civil, tient à la nécessité où se trouve la femme de cohabiter avec le mari. L'unité dans la vie conjugale doit normalement entraîner unité de domicile. Et que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code, c'est là un point qui nous semble hors de doute. Nous n'en voulons pour preuve que le langage très précis du tribun Mouricault (1) : « La femme que le devoir « tient près du mari... qui peut être forcée de re-

(1) Voir Fenet, t. 8. p. 357.

« tourner à lui quand elle le délaisse... ne peut « avoir de *résidence particulière.* »

D'ailleurs en donnant cette justification du principe qu'il édictait, le législateur de 1804 ne faisait que reproduire l'idée de l'ancien droit. Et remarque caractéristique, nos vieux auteurs (1) rattachaient la règle que consacre l'article 108 à des dispositions de la loi romaine où était inconnue l'autorisation maritale.

Il va de soi qu'avec cette interprétation on arrive à décider que la femme pourra avoir un domicile spécial toutes les fois que l'obligation de cohabiter avec le mari aura cessé et ne pourra plus en fait être invoquée : cas de séparation de corps, d'absence, etc....

Mais il suffira alors, dira-t-on, que le mari autorise sa femme à aller résider où bon lui semble pour qu'elle puisse acquérir un domicile spécial, un domicile à elle propre. Nous ne sommes nullement touchés de cette objection car on ne saurait voir dans le cas qui nous occupe, une de ces séparations de fait que la loi, dans l'intérêt du mariage, ne pouvait reconnaître. Sans doute, cohabiter avec le mari, est pour la femme une obligation, mais nous sommes ici dans une hypothèse exceptionnelle où elle peut légitimement, c'est-à-dire en vertu de motifs honorables qui peuvent être pris en considération,

(1) Pothier. Introduction générale aux coutumes n° 10. — Poullain du Parc. Liv. I^er^, ch. 14, n° 19. — Lamoignon. Arr. tit. 5, n° 5.

rester séparée du mari qui d'ailleurs a consenti à cet éloignement.

Il est vrai qu'on a soutenu que tant que subsiste la puissance maritale, les conjoints ne pouvaient d'un commun accord déroger à la règle de l'article 108 du Code civil, parce que cet article tient à l'ordre public. Il y a évidemment de l'exagération dans un pareil raisonnement. Si l'art. 108 se rattachait d'une façon aussi étroite qu'on veut bien le dire à l'ordre public, il faudrait refuser à la femme séparée de corps, dans le silence de la loi, la possibilité d'acquérir un domicile spécial (1).

17. — La femme commerçante peut transiger sur les droits relatifs à son commerce puisqu'aux termes de l'article 5 du Code de commerce, elle en a la disposition et que l'article 2046 du Code civil exige pour transiger le droit de disposer des objets compris dans la transaction.

Et cette solution donnée au cas de transaction semblerait au premier abord amener à trancher affirmativement la question de savoir si la femme peut compromettre sur ce qui concerne son négoce. L'article 1004 du Code de procédure civile est, en effet, rédigé dans le même sens que l'article 2045 du Code civil.

(1) Cette question intéressante et qui dans la pratique suppose, paraît-il, une situation assez rare s'est présentée pour la première fois devant la Cour de Cassation en 1883 : Affaire Balley contre Balley. — Voir Sir. 1884, I, p. 257.

Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

Et cependant nous croyons, malgré la teneur de l'article 1003 du Code de procédure civile, qu'on ne saurait accepter ici la même décision qu'au cas de transaction. Nous verrons, en effet, que la femme ne peut ester en justice sans l'autorisation du mari ou des tribunaux. Or, compromettre c'est plaider devant des arbitres, et en dernière analyse ester en justice puisque la sentence arbitrale doit avoir l'effet d'un jugement ; donc la femme ne pourra pas plus compromettre que plaider sans une autorisation spéciale du mari.

D'ailleurs, ainsi qu'on l'a fait remarquer avec raison, le compromis est beaucoup plus grave que la transaction ; dans le compromis, en effet, on remet à des tiers la décision du point contesté ; dans la transaction, au contraire, chacune des parties intervenant personnellement dans les débats, défend ses intérêts et ne consent qu'en parfaite connaissance de cause aux sacrifices qu'elle veut faire.

On pourrait même, dans le sens de cette distinction, tirer argument de l'article 1989 du Code civil. Ajoutons encore que le rapprochement des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile corrobore notre opinion et fournit un argument à l'appui. Aux termes de l'article 1004, en effet, le compromis est interdit sur les causes sujettes à communication au ministère public. Or l'article 83 du même Code range précisément parmi ces affaires communicables, les

causes qui intéressent les femmes mariées non autorisées; on voit donc que dans tous les cas où la femme incapable d'ester seule en justice, n'a pas obtenu une autorisation spéciale du mari, il n'y a pas lieu à compromis, car l'absence d'autorisation maritale qui rend l'autorisation de justice nécessaire, crée en même temps une cause de communication au ministère public.

Et qu'on n'objecte pas que devant les tribunaux de commerce, il n'y a pas de ministère public, et partant pas de causes communicables. Dès l'instant où la cause à raison même de sa nature doit être transmise au ministère public, nous pouvons appliquer à notre question l'argument tiré de la combinaison des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile.

18. — On a pu constater que jusqu'à présent nous nous sommes placés dans des hypothèses où l'on pouvait contester la capacité de la femme marchande publique, mais il y a des cas que nous allons examiner où toute discussion est impossible en présence des textes précis édictés par la loi.

La femme commerçante peut souscrire pour les besoins de son commerce soit des lettres de change, soit des billets à ordre. Chacun sait que c'est là une extension de la capacité dont jouit la femme d'après le droit commun. En effet, aux termes de l'article 113 du Code de commerce « la signature d'une « femme *non commerçante* sur une lettre de change « ne vaut que comme simple promesse. » Et il va de soi que cet article suppose la signature apposée par

une femme mariée agissant en état de capacité, c'est-à-dire régulièrement autorisée par le mari, car autrement, la lettre ne vaudrait même pas comme simple promesse, elle serait radicalement nulle.

D'ailleurs cette solution de l'article 113 du Code de commerce était commandée par la force même des choses. La femme étant marchande publique devait pouvoir payer avec les valeurs couramment employées dans le commerce, comme la lettre de change et le billet à ordre. Il est vrai que l'article 113 du Code de commerce ne parle que de la lettre de change, mais la doctrine et la jurisprudence ont toujours été d'accord pour admettre, au point de vue qui nous occupe en ce moment, l'assimilation de ces deux effets de commerce.

Et puisque nous parlons de « *billet* » faisons encore remarquer que la femme marchande publique est dispensée de la formalité du « bon pour ou approuvé » qu'exige l'article 1326 du Code civil dans son alinéa 2. Il n'y a même pas à distinguer selon qu'on est en présence d'un acte du commerce de la femme, ou d'un acte civil : il suffit que le débiteur soit commerçant pour que les formalités de l'article 1326 cessent d'être applicables.

Mais il faut ici se garder d'une confusion, et ne pas dire avec M. Bravard que les articles 1325-1326-1328 ne s'appliquent pas aux commerçants : il y a là une inexactitude de langage. S'il y a des dérogations aux articles en question, elles tiennent non pas à la qualité de commerçant du débiteur, mais à la nature

commerciale même de l'acte, qu'il soit émané d'un commerçant, ou d'un non commerçant, peu importe. Aussi nous sommes-nous bornés à mentionner un fait où la dérogation au droit commun dont bénéficie la femme commerçante tient précisément à la qualité de commerçante.

19. — Lorsqu'il s'agit de plaider même sur des faits relatifs à son commerce, la femme commerçante retombe sous l'application du droit commun : article 215 du Code civil. L'autorisation du mari est nécessaire.

Ce principe suivi par le Code Belge n'a été reproduit ni par la législation allemande ni par la législation italienne.

Dans notre ancien droit, quelques coutumes permettaient à la femme de plaider seule sur les difficultés relatives à son négoce : la coutume de Mantes notamment était en ce sens. Les rédacteurs du Code ont suivi ici leur guide habituel et reproduit dans l'article 215 la disposition de l'article 224 de la coutume de Paris, avec plus ou moins de raison. Il nous semble, en effet, que les motifs qu'on a invoqués comme justification de l'article 215 sont loin d'être à l'abri de toute critique.

Le législateur de 1804, a-t-on dit, a voulu prendre une garantie contre la légèreté avec laquelle la femme pourrait s'engager dans de mauvaises contestations. D'un autre côté lorsqu'il s'agit d'ester en justice on ne retrouve pas cette urgence qu'impli-

quent presque toujours les affaires commerciales.

Malgré ces considérations, nous ne pouvons pas ne pas trouver singulier qu'il soit interdit à la femme de figurer seule dans un procès de la plus minime importance, alors qu'on lui permet d'accomplir sans autorisation des actes d'une gravité exceptionnelle, comme l'aliénation et l'hypothèque. Et remarquons que nous avons ici une garantie spéciale due à la présence de la justice, garantie qui ne protège pas la femme quand elle aliène ou consent hypothèque.

Quoi qu'il en soit, telle est la règle, et voyons maintenant quelques-unes de ses applications.

La femme marchande publique veut-elle intenter un procès, il lui faudra se munir de l'autorisation maritale. Est-elle au contraire défenderesse, le mari devra être appelé dans l'instance ; mais ici se présente une difficulté de procédure. Le mari n'est appelé à figurer dans l'instance que comme chef de l'association conjugale, c'est-à-dire en vertu du principe purement civil, d'où suit qu'il ne saurait être justiciable de la juridiction consulaire. Cette objection n'a pas arrêté la grande majorité des auteurs, et on admet généralement que le mari est assigné valablement aux fins d'autorisation devant le tribunal de commerce.

On peut encore supposer que le mari refuse d'autoriser sa femme commerçante à défendre au procès et alors on se demande si c'est au tribunal civil ou au tribunal de commerce qu'il appartient d'accorder l'autorisation refusée par le mari ?

La Cour de cassation a cassé le jugement d'un tribunal de commerce qui s'était déclaré incompétent pour autoriser une femme commerçante à défendre en justice. Il résulterait donc de cette décision que le juge compétent pour autoriser est le juge saisi de la contestation.

Une pareille doctrine, au point de vue pratique, offre certainement un grand avantage, elle simplifie la marche de la procédure, mais il n'en demeure pas moins vrai que toute question d'autorisation maritale soulève une question de capacité qui est en dehors de la compétence des tribunaux de commerce.

Remarquons toutefois que l'ajournement signifié à la requête de la femme commerçante seule, n'est pas nul de droit ; en pareil cas, l'absence d'autorisation maritale n'a d'autre effet que d'obliger le tribunal à surseoir au jugement tant que satisfaction n'a pas été donnée à l'article 215 du Code civil.

On sait qu'une autorisation générale est suffisante pour que la femme mariée puisse faire le commerce, mais il n'en est plus ainsi quand il s'agit d'ester en jugement.

Les motifs qui ont déterminé le législateur à ne pas exiger une autorisation spéciale quand il s'agit de faire le négoce ne se retrouvent pas ici et l'art. 233, qui est la formule du droit commun, doit être respecté.

Enfin, par application de l'art. 206 du Code civil, si la femme commerçante est poursuivie pour banqueroute, l'autorisation du mari cesse d'être exigée ;

peu importe même d'où partent les poursuites (syndic, ministère public, ou créanciers).

20. — Pendant assez longtemps, les femmes même marchandes publiques n'ont pas eu droit d'entrée à la Bourse. La prétention de l'administration qui excluait toute femme de la Bourse, sans distinction aucune, se fondait sur l'article 2 de l'arrêt du Conseil du 23 septembre 1724 ainsi conçu : « Les fem-« mes ne pourront entrer à la Bourse sous quelque « cause ou prétexte que ce soit. »

A l'heure actuelle cette prohibition n'existe plus, et l'accès de la Bourse ne saurait être légalement refusé à la femme commerçante. L'exclusion édictée par l'arrêt de 1724 a été abrogée par l'article 5 de l'ordonnance de police relative à la Bourse de Paris en date du 1er thermidor, an IX. « La Bourse est ou-« verte à tous les citoyens jouissant de leurs droits « civils et politiques et aux étrangers. » Et en ce sens de l'abrogation on pourrait peut-être même invoquer les termes des articles 4 et 5 du Code de commerce (1).

(1) Rolland de Villargues. Répertoire du Notariat, v. Bourse du commerce, n° 20. On s'est demandé il est vrai comment on peut faire rentrer les femmes dans l'expression « citoyens jouissant de tous leurs droits civils et politiques » ; mais il faut remarquer que le texte ajoute : « et aux *étrangers* », mot générique qui, par sa généralité même, semble exclure toute distinction basée sur le texte.

Les étrangers, d'un autre côté, ne jouissent en France que de certains droits civils et d'aucun droit politique ; la femme commerçante jouit au contraire de tous les droits civils, si les droits politiques lui sont refusés : c'est donc par un argument *a fortiori* qu'on

21. — La femme marchande publique ne peut prendre part à l'élection des juges des tribunaux de commerce. Cette incapacité qui n'est édictée par aucun texte de loi, tient, dit-on, à ce qu'il n'est pas dans l'esprit de nos institutions d'appeler la femme à l'exercice des droits électoraux alors même que ces droits n'auraient aucun caractère politique. Cependant, en 1883, la Chambre des Députés a été saisie d'une proposition de loi tendant à conférer aux femmes commerçantes, au seul point de vue qui nous occupe, le droit électoral, mais ce projet, bien qu'il ait été pris en considération, n'a pas encore eu de suites.

Nous ne verrions, pour notre part, aucun inconvénient à accorder à la femme marchande publique le droit de vote dans une mesure aussi restreinte. On ferait même disparaître ainsi de la loi une assez singulière anomalie. La femme marchande publique doit entrer en ligne de compte quand il s'agit d'établir le nombre des électeurs dont le dixième sera appelé à élire les Juges consulaires et cependant on lui refuse la faculté d'user de la première des prérogatives attachées à la qualité d'électeurs : le droit de voter.

Peut-être objectera-t-on que si on s'engage dans cette voie, il faut logiquement faire un pas de plus

peut tirer de l'article 5 de l'ordonnance de thermidor an IX la suppression de la défense dont s'agit. D'ailleurs un usage et une jurisprudence constants reconnaissent aux femmes commerçantes droit d'entrée à la Bourse.

et accorder l'éligibilité. Nous répondrons que, d'après nos lois constitutionnelles elles-mêmes, une même personne peut avoir le droit de voter, et cependant n'être pas éligible.

22. — Observation. — Parmi les solutions que nous avons données jusqu'ici en étudiant la capacité de la femme commerçante, il en est quelques-unes qui ne sont exactes qu'autant qu'on est en présence d'une femme majeure. Ainsi au cas de minorité, c'est l'article 6 et non plus l'article 7 qui doit être appliqué, car l'autorisation du mari ne saurait avoir pour résultat de délier la femme mineure de son incapacité légale. Or aux termes de l'article 6 du Code de commerce, les mineurs marchands peuvent engager, hypothéquer leurs immeubles, ils peuvent même aliéner, mais alors ils doivent observer les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code civil : autorisation du Conseil de famille, homologation du tribunal, publicité, etc....

Donc, ou point de vue de l'aliénation des immeubles, la femme mariée mineure, malgré sa qualité de marchande publique, ne bénéficie d'aucune simplification de procédure et demeure soumise au droit commun : dès lors nous n'avons pas à insister et nous nous bornerons à faire remarquer qu'en bonne législation, la règle de notre Code de commerce est loin d'être à l'abri des critiques.

Sans doute la loi a autorisé, pour faciliter à la femme mineure l'exercice du négoce, et devait auto-

riser la vente des immeubles, mais il fallait faire un pas de plus, et ne pas y apporter d'entraves. D'ailleurs le législateur de 1807 s'est montré ici peu conséquent avec lui-même. Il a permis purement et simplement à la femme commerçante d'hypothéquer les immeubles, et il a gêné l'aliénation par toutes sortes de formalités. Conduite singulière ! On interdit à la femme mineure commerçante la vente amiable, mais on a soin de laisser à sa disposition un moyen indirect d'aliéner : moyen dangereux, qui entraîne plus de frais et une plus grande perte de temps ! Notre ancien droit avait mieux compris le crédit du mineur commerçant, car la distinction que vous venons de signaler au sujet de la femme commerçante selon qu'elle est majeure ou mineure, n'existait pas autrefois. Le mineur était alors réputé majeur pour tous les actes de son commerce, ce qui faisait dire à Jousse que pour le mineur « la majorité commençait dès « l'instant qu'il faisait un commerce pour son compte « particulier. »

## CHAPITRE II

### EFFETS & SANCTION DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

23. Le consentement du mari au commerce de la femme n'a pour but et ne doit avoir pour résultat que d'effacer l'incapacité légale de l'épouse et de l'habiliter d'une façon générale à s'obliger envers les tiers. Le mari n'étant partie ni dans les actes ni dans les procès, il suit, d'après les principes généraux du droit, qu'il ne doit en aucune façon être responsable des engagements pris par la femme commerçante. Telle est la règle, mais hâtons-nous d'ajouter qu'elle est très souvent et très sensiblement modifiée par les conventions matrimoniales. Nous aurons donc à passer en revue les principaux régimes que les époux ont pu adopter, et à nous demander sous chacun d'eux quelle est l'étendue, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers respectifs des conjoints, des engagements pris par la femme marchande publique. Nous pourrons, au cours de cette étude, constater qu'avec chaque régime les règles sont différentes et les dérogations au principe « *qui auctor est non se obligat* » plus ou moins accentuées.

## SECTION I

### RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

24. — Lorsque les époux ont adopté le régime de communauté, ou se sont mariés, ce qui est la même chose, sans adopter un régime matrimonial quelconque, nous avons des dispositions législatives très précises sur l'étendue des engagements pris par la femme commerçante.

Nous trouvons d'abord l'article 220 du Code civil qui déclare que la femme, si elle est marchande publique, s'engage valablement pour tout ce qui concerne son négoce, et qu'au dit cas, elle oblige aussi le mari, s'il y a communauté entre eux. Cette solution peut encore se déduire de l'article 1426 du même Code, par un argument *a contrario* dont la portée est indiscutable. Enfin l'article 5 du Code de commerce placé au siège même de la matière qui nous occupe, se borne à reproduire purement et simplement les dispositions du Code civil. Il ne saurait donc y avoir de difficultés en présence d'énonciations aussi précises.

25. — Et tout d'abord, avant d'entrer dans les détails, demandons-nous comment la femme pourra se procurer des fonds pour faire le commerce, car le mari sous le régime de communauté, soit à un titre,

soit à un autre, a toujours au moins la jouissance et l'administration de tous les biens de sa femme.

Un moyen pratique et usuel consistera dans l'abandon fait par le mari à sa femme du capital nécessaire au commmerce. Aucune disposition ne peut s'opposer à cet abandon qui ne porte atteintè ni à l'article 1388 ni à l'article 1395 du Code civil. Sans doute les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale, mais l'abandon partiel d'un capital laissé à la femme pour faire le négoce n'est pas une contradiction de cette règle, car le mari conserve néanmoins la direction de l'ensemble du patrimoine de la femme. Même observation à propos de l'article 1395 : par suite du caractère restreint et partiel de la mesure, on ne saurait dire qu'il y a échec au principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales. D'ailleurs il est permis à la femme séparée de biens de donner mandat à son mari d'administrer tout ou partie de son patrimoine alors que d'après les termes mêmes du contrat de mariage cette administration échappe au mari; or il n'y a pas de raison pour donner dans le cas qui nous occupe, une solution contraire.

A côté de ce moyen il y a encore pour la femme la possibilité de recourir à un emprunt pour se procurer le capital qui est nécessaire au commerce. Le prêt sera effectué sous cette condition expresse ou tacite que le mari n'aura ni l'administration ni la jouissance du capital. Rien ne s'oppose, en effet, à la validité d'une telle clause ; insérée dans une donation elle

serait très licite, pourquoi en serait-il autrement dans l'hypothèse où nous nous trouvons ?

Mais peu importe que la femme commerçante se livre au négoce soit à l'aide d'un prêt, soit grâce au capital abandonné par le mari, le principe demeure le même : par ses actes elle s'engage d'abord *personnellement* et ensuite oblige et la *communauté* et le *mari*. La femme sous ce régime peut donc espérer jouir d'un crédit très étendu puisque trois patrimoines répondent de l'acquittement de ses obligations. Mais dans quelle mesure chacun de ces trois patrimoines sera-t-il tenu ? C'est là une question assez complexe et qui demande à être étudiée avec quelques détails.

26. — Que le patrimoine entier de la femme réponde du paiement de ses dettes commerciales, il n'y a rien là qui doive surprendre : cette solution est commandée par l'application pure et simple de l'article 2092 du Code civil : « *Quiconque s'oblige, oblige le sien* ». Et il n'y a aucune distinction à faire entre le patrimoine civil et le patrimoine commercial de la femme. Il est vrai que quelques auteurs, à la suite de Savary, ont soutenu que l'actif commercial de la femme devait être considéré comme une portion détachée de la communauté et à ce titre être réservé exclusivement aux créanciers commerciaux de la femme.

Nous n'éprouvons, pour notre part, aucune hésitation à rejeter ce système. D'abord, il crée contrairement à tous les principes du droit un privilége qui

n'est écrit nulle part dans la loi. Ensuite, il aboutit à un résultat absolument inadmissible : il donne à la femme plus de droits que n'en aurait le mari lui-même sur les biens de la communauté. Et enfin, comment pourra-t-on arriver à faire avec précision la distinction du patrimoine civil et du patrimoine commercial de la femme ? Où trouver un texte contenant, ne fût-ce qu'en germe, l'idée d'un pareil dédoublement ? Ces considérations, dont la justesse et la gravité ne sauraient échapper, n'ont cependant pas toujours arrêté la jurisprudence, et il a été jugé qu'un porteur d'effets commerciaux souscrits par le mari pendant la communauté, ne pouvait, au cas de non-paiements, s'attaquer aux marchandises du fonds de commerce de la femme (1).

Une telle décision ne saurait se légitimer en droit. Et cependant, nous fait-on remarquer, le mari, sauf le cas de mandat, ne peut pas par ses obligations engager la femme et partant ses créanciers ne sauraient avoir plus de droit que lui-même. L'objection n'est vraie qu'en partie, elle ne porte qu'autant qu'il s'agit du patrimoine propre de la femme. Que les engagements du mari, en dehors du cas de mandat, demeurent sans effet à l'égard des biens personnels de la femme, rien de plus juste, mais tel n'est pas le cas où nous nous trouvons. Dans l'espèce sur laquelle a statué la Jurisprudence il s'agissait des marchan-

(1) Journal de Jurisprudence commerciale de Marseille, 29 septembre 1856. — Et. Bedarride. Des Commerçants, p. 230, n° 137.

dises du fonds de commerce de la femme, c'est-à-dire de valeurs tombées dans la communauté, d'où suit que la femme pouvait être poursuivie, non pas sans doute comme débitrice personnelle, mais en tant que femme commune en biens.

Aussi les décisions de la Jurisprudence qui ont consacré la doctrine que nous combattons ont-elles surtout invoqué l'équité. Il n'est pas admissible, nous dit-on, que le mari puisse, soit directement par voie de transport ou d'aliénation, soit indirectement par ses obligations, disposer de l'actif commercial de la femme. Autrement, il aurait toujours ainsi à sa disposition un moyen implicite de révoquer l'autorisation qu'il avait donnée de faire le commerce; la femme ne serait jamais certaine du lendemain et les créanciers commerciaux n'auraient qu'une sécurité problématique.

On oublie que si l'on prend exclusivement en main les intérêts des créanciers de la femme, on méconnait cette équité elle-même qu'on invoque. Pourquoi les créanciers du mari seraient-ils moins dignes d'intérêt ? Ils ont contracté avec un mari commun en biens ; au moment de l'engagement ils ont pris en considération, et c'était leur droit, nous imaginons, non seulement la solvabilité personnelle du mari, mais encore la garantie due à l'existence d'un patrimoine commun, et on viendrait ensuite leur retirer une partie du gage sur lequel ils étaient fondés à compter ! Où donc pouvaient-ils trouver dans la loi un texte leur permettant de soupçonner que, le cas échéant, leur droit

de gage serait réduit dans une aussi notable proportion ? D'ailleurs les créanciers commerçants d'une femme commune en biens ont dû, par application pure et simple des principes de la communauté, prendre en considération cette possibilité d'un concours avec les créanciers du mari. Nous maintiendrons donc notre solution.

27. — Mais la femme qui, au cours du mariage, voudrait se faire marchande publique, pourrait-elle, *précisément pour éviter le concours des créanciers personnels du mari,* demander la séparation de biens ? On voit quel serait en cette occurrence le caractère de la séparation de biens. Elle constituerait en quelque sorte une mesure préventive, un moyen éventuel de protection contre les créanciers du mari.

A ne s'en tenir qu'au texte même de l'article 1443 on serait tenté de se ranger à la négative. Il semble ne pas se contenter de la simple possibilité d'un danger comme fondement à une demande en séparation de biens. « Le péril » dont parle ce texte ne paraît pouvoir exister sans l'accomplissement de certains faits propres par leur nature à justifier les craintes de la femme.

Cependant la Jurisprudence qui a toujours interprété l'article 1443 d'une façon si large qu'on peut se demander si parfois elle n'est pas allée trop loin, a consacré la solution contraire. Et cette décision ne surprend pas si on se rappelle que maintes fois il a été jugé que la femme, même au cas où elle n'avait

pas de dot, pouvait, en présence du désordre des affaires du mari demander la séparation de biens. Les tribunaux partent de cette idée que la dot ne comprend pas seulement ce que la femme porte sur le contrat de mariage, mais aussi les gains du travail ou de l'industrie, de sorte qu'on peut faire droit à la demande de séparation de biens du jour où il est à craindre que lesdits gains ne soient détournés de leur destination normale qui est de faire face aux charges du ménage.

28. — Tel est le premier résultat qui se déduit de cette idée que relativement à ses engagements commerciaux, la femme est tenue *personnellement*. Une seconde et non moins importante conséquence, est que la femme demeure obligée, malgré sa renonciation à la communauté. Relevée de son incapacité par l'autorisation maritale elle a pu parler seule valablement dans tous les contrats intéressant son négoce, et on ne concevrait pas que cette circonstance qu'elle est mariée sous le régime de communauté eût pour effet de la délier de ses engagements. C'est ici le lieu d'appliquer le principe connu : « *Nemo potest exuere propriam personam* ». Cette solution d'ailleurs était déjà suivie dans l'ancien droit, et de Laurière critique sévèrement les quelques coutumes (1) qui avaient permis à la femme par sa re-

(1) En ce sens : Coutume de Nivernais, art. 1er, chapitre des « gens mariés ».

nonciation à la communauté d'échapper au paiement de ses dettes personnelles.

29. — La femme commerçante ne pourrait pas davantage invoquer le bénéfice d'émolument dont elle peut se prévaloir au cas prévu par l'article 1483 du Code civil, ou, pour parler plus exactement, il faut distinguer selon qu'il s'agit des rapports respectifs des conjoints ou des rapports de la femme avec les tiers, car on sait que le bénéfice dont il s'agit, n'a pas le même champ d'application dans les deux cas. La femme est-elle poursuivie par les créanciers, elle devra acquitter intégralement le montant des dettes, mais elle aura, jusqu'à concurrence de moitié des sommes qu'elle aura ainsi payées, droit à un recours contre le mari. Il est vrai que ce recours sera illusoire si le mari est insolvable, mais les principes ne permettent pas de décider autrement.

30. — Le second patrimoine qui répond des dettes commerciales de la femme marchande publique est, avons-nous dit, le fonds de la communauté. L'article 220 du Code civil dans son alinéa premier ne saurait, en effet, laisser aucun doute à cet égard.

On peut se demander jusqu'à quel point était nécessaire cet alinéa premier du texte cité ci-dessus. Sous le régime de communauté toute obligation contractée par une femme mariée, dès l'instant où il y a autorisation du mari, tombe dans la communauté, que la femme soit commerçante ou non, que la dette soit civile ou commerciale.

Il est vrai que l'article 220 porte « sans autorisation du mari » et on pourrait être tenté de croire que là est la dérogation au droit commun justifiant l'existence de ce texte, mais tous les auteurs depuis longtemps ont fait remarquer qu'il fallait lire comme s'il y avait « sans autorisation *spéciale* du mari ». Lorsque la femme est marchande publique, la loi se contente d'une autorisation générale (et c'est là qu'est la dérogation au principe); mais il n'en est pas moins certain qu'on est en présence d'une femme autorisée qui dès lors par ses obligations doit engager la communauté.

31. — Et cette solution doit être maintenue même au cas où l'acte d'autorisation porterait que la femme fera le commerce à ses risques et périls (1). Les tiers, en effet, ne sauraient être regardés comme en faute pour ne pas avoir connu l'étendue de l'autorisation accordée à la femme par le mari, puisque cette autorisation peut n'être que tacite. La publicité elle-même donnée par les journaux à cette restriction du consentement au commerce ne serait pas un moyen capable de protéger toujours et en toute hypothèse la communauté contre les suites du négoce de la femme.

Même observation pour l'hypothèse où la femme devenue régulièrement marchande publique aurait continué à commercer malgré les prohibitions for-

(1) En ce sens : un arrêt de la Cour de Paris. Voir S. 69, 2, 264.

melles du mari. Ce ne sera pas aux tiers de supporter les suites de la désobéissance de la femme, pourvu cependant qu'ils aient été de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils aient traité avec la femme, ignorant les défenses du mari.

32. — Il y a même plus, les dettes commerciales de la femme, antérieures au mariage, tombent dans la communauté, alors même qu'elles n'auraient pas acquis date certaine par la réalisation d'un des faits prévus par l'article 1328 du Code civil. C'est là une dérogation au principe écrit dans l'article 1410 du Code civil, dérogation qui tient à la qualité de commerçante de la femme et que d'ailleurs il est facile de justifier. L'article 1410 ne saurait en effet avoir, en matière commerciale, une autorité plus grande que l'article 1328 qui doit ou non être observé suivant la nature des contrats. Ne serait-il pas injuste, postérieurement au mariage, de soumettre aux règles spéciales du Code civil la femme qui antérieurement à ce mariage a fait un contrat de bonne foi et à propos duquel elle a observé les règles prescrites par le droit commercial? La Jurisprudence a éprouvé quelques hésitations à se fixer sur ce point et la Cour de cassation y avait vu tout d'abord une question de fait qu'il appartenait aux juges de trancher d'après les (1) circonstances, mais à partir de 1850, elle n'a pas cessé de se prononcer en faveur de la solution que

(1) Voir Sirey 1837. 1, 1020.

nous avons adoptée, et les Cours d'appel ont suivi son exemple (1).

33. — Enfin comme troisième et dernier gage du paiement des dettes commerciales de la femme nous trouvons le patrimoine personnel du mari. Les règles consacrées par le Code au chapitre de la communauté conduisaient nécessairement à ce résultat. La femme marchande publique régulièrement autorisée par ses engagements commerciaux oblige la communauté ; or, toute dette de la communauté est dette du mari : article 1419. Mais, comment justifier une telle responsabilité de la part du mari dont la femme marchande publique est commune en biens ? Les systèmes proposés sont très nombreux, mais avant d'en aborder l'examen, nous ferons observer que la situation créée au mari par le législateur de 1804 n'est pas une innovation et qu'elle a son origine dans la doctrine romaine et l'ancien droit.

34. — D'après nos anciennes coutumes, une même règle rendrait le père responsable des engagements de son fils se livrant à un commerce public et le mari garant des obligations contractées par sa femme marchande publique. Il y avait donc une solidarité très étendue soit entre père et fils, soit entre femme et mari, et il est facile de reconnaître là l'influence de la règle qui servait à Rome, dans le droit préto-

(1) Angers, 2 avril 1851, J. 1851, 1, 34.

torien, de fondement à l'action « *quod jussu* ». Nos anciennes coutumes allaient même très loin dans cette voie ; elles admettaient le principe de la responsabilité conjugale, abstraction faite de tout régime matrimonial ; que la femme fût commune en biens, ou dotale, ou séparée de biens, la solution était toujours la même, le mari était en toute hypothèse tenu des dettes commerciales de la femme (1). Et cependant notre vieux droit n'exigeait pas le consentement du mari au commerce de la femme : il suffisait que le négoce eût lieu publiquement. Une telle sévérité ne pouvait se justifier que par l'intérêt du commerce et du crédit.

35. — Mais tandis qu'autrefois on avait admis la double idée de la responsabilité paternelle et de la responsabilité conjugale, on ne trouve plus aujourd'hui, consacrée par le Code de commerce, que la responsabilité conjugale et encore les textes qui en ont consacré le principe se placent uniquement dans l'hypothèse où la femme est commune en biens. Notons encore que si cette vieille règle qui rend le mari garant des dettes commerciales de la femme a vu diminuer son champ d'application en passant au Code, elle y a conservé le caractère que les anciens auteurs eux-mêmes lui avaient assigné : nous voulons dire le caractère d'une présomption. Les expressions que nous trouvons dans Ferrière, par exemple,

(1) Voir : Coutume de Bourges, art. 3 et 10.

ne laissent aucun doute à cet égard. « Le mari qui « permet que sa femme fasse un négoce séparé du « sien, est *censé* contracter. » Aujourd'hui encore cette idée de présomption est exacte, mais quelles en sont les raisons ? Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point, et nous devons chercher ici par quelles idées on a cherché à justifier la responsabilité du mari.

36. — Dans un premier système on tient le raisonnement suivant : Par ce seul fait que le mari a autorisé sa femme à faire le commerce, il est censé avoir consenti à être tenu des obligations commerciales de la femme. Et cette supposition, fait-on remarquer, n'a rien de téméraire, car le mari sait qu'il profitera des gains réalisés par sa femme dans le commerce. D'un autre côté, la femme étant relevée de son incapacité par l'autorisation maritale, oblige par ses dettes commerciales sa part dans la communauté (art. 2092), car même pendant la durée de l'association conjugale elle a sur le fonds commun non-seulement une espérance mais un droit ; toutefois comme le droit, s'il est certain dans son existence, est indéterminé dans sa compréhension, la loi, pour donner aux créanciers un gage sérieux, devait leur permettre et leur a permis de poursuivre la communauté entière. Enfin si on se rappelle que toute dette de communauté est dette du mari, on aperçoit comment de déduction en déduction on arrive à justifier le principe de la responsabilité du

mari. En un mot, avec cette explication, le mari est censé dire à sa femme qu'il a autorisée à faire le commerce : « Je vous permets de m'obliger personnellement. »

Il nous semble que ce système ne justifie pas suffisamment la règle de l'article 5 du Code de commerce. Le mari a permis à la femme de se livrer au négoce, peut-être même n'a-t-il donné cette permission qu'avec l'arrière-pensée de profiter personnellement des bénéfices commerciaux ; mais peut-on déduire d'une façon certaine et indiscutable de son seul consentement, qu'il ait entendu répondre des dettes de la femme ? Nous n'hésitons pas à répondre : non.

37. — D'autres auteurs n'ont vu dans la responsabilité du mari que l'application de cette règle de droit et de bon sens « *bona non intelliguntur nisi deducto « œre alieno* ». L'équité veut qu'il y ait corrélation entre les bénéfices d'une part et les pertes de l'autre ; en d'autres termes, si le mari d'une femme marchande publique commune en biens est tenu, c'est parce que détenant l'actif, il doit répondre du passif.

Cette interprétation ne nous satisfait pas. Il ne saurait y avoir forcément corrélation entre l'actif et le passif que si on est en présence d'une disposition précise édictée par un texte formel. Et comment soutenir qu'une personne doit répondre personnellement de toutes les suites d'un acte auquel elle est demeurée étrangère pour cette seule raison qu'elle pourra, le cas échéant, tirer un bénéfice quelconque dudit

acte ? La règle « *bona non intelliguntur*..... » qu'on invoque n'est écrite nulle part dans le Code et partant ne nous paraît pas assez précise pour trancher la difficulté qui nous occupe.

38. — Enfin dans un dernier système auquel nous nous rangeons, c'est à une idée de crédit qu'il faut demander l'explication de la règle consacrée par l'article 5 du Code de commerce.

Les tiers qui ont traité avec la femme marchande publique ont su ou pu savoir qu'elle était mariée et qu'elle était commune en biens. Lors de la formation du contrat la femme seule a parlé, seule elle était en *scène* sans doute, mais les tiers savaient que derrière leur co-contractante directe, dans les *coulisses*, en quelque sorte (pour continuer une métaphore qui rend plus saisissant ce qui se passe), il y avait un mari sur la solvabilité duquel il leur était permis de compter, grâce au régime matrimonial de leur débitrice. Et qui dit que ces tiers n'ont pas pris en considération précisément la solvabilité du mari ? N'est-on pas fondé à croire que ce qu'ils ont voulu ce n'était pas une simple obligation de femme mariée, mais une obligation de femme mariée doublée de la garantie du mari ? Ainsi donc le mari est engagé vis-à-vis des tiers non pas évidemment par suite d'une obligation directe de sa part, mais parce qu'en raison de sa situation on a pu penser qu'il répondait des obligations de sa femme. Ne pas rendre illusoire la confiance très fondée et très justifiée que des tiers peu-

vent avoir eue dans le crédit du mari, tel est le but qu'on peut raisonnablement assigner à la disposition de l'article 5 du Code de commerce (1).

39. — Maintenant que nous connaissons la cause de la responsabilité du mari, il va nous être facile d'en déterminer l'étendue et de résoudre quelques difficultés qui dans la pratique ont donné naissance à des décisions judiciaires qu'il n'est pas sans intérêt d'examiner au moins sommairement.

40. — Prenons quelques espèces. Le mari, par exemple, au cas de faillite de sa femme marchande publique, profite-t-il de la remise consentie par les créanciers dans le concordat? Nous ferons d'abord observer que la question ne se pose que s'il s'agit du concordat judiciaire et non du concordat amiable auquel on appliquera les dispositions de l'article 1287 du Code civil.

On admet généralement que le mari, étant tenu personnellement et pour le tout des dettes commerciales de sa femme commune en biens, ne peut se prévaloir du concordat accordé par les créanciers. Et

(1) Nous ne mentionnerons qu'à titre de souvenir historique l'opinion d'un des premiers commentateurs du Code civil, Delvincourt, d'après laquelle le mari, par le seul fait de son autorisation, s'est constitué l'associé de la femme. (Droit civil t. 1, p. 167, n° 6). Cette explication est absolument inadmissible et n'aboutit rien moins qu'à violer la loi elle-même dans certains cas. (Voir Bédarride. Des commerçants, p. 228). (2). — Demolombe. (Du mariage, p. 403, t. 2), et un arrêt de la Cour de Paris. Voir S. 1845, 4, 489.

cette décision est en parfaite harmonie avec les raisons à l'aide desquelles nous avons cherché à justifier la disposition de l'article 5 du Code de commerce ; elle seule donne complète et entière satisfaction à la confiance que les tiers étaient fondés à avoir dans la solvabilité du mari.

Il est vrai qu'on nous fait une objection séduisante au moins en apparence. Par le concordat, dit-on, la femme a été libérée dans une certaine mesure, et le mari doit bénéficier de cette libération partielle puisque sa dette est la dette de la femme. Et on ajoute : Un débiteur personnel est un débiteur qui a parlé au contrat, qui a stipulé en son nom, or le mari s'est borné à donner son autorisation et c'est un principe de droit que « qui autorise ne s'oblige pas ». Il est facile de répliquer à une telle argumentation.

Les dettes commerciales de la femme rentrent dans la catégorie des dettes dont s'occupe l'article 1419, de sorte que, pendant la durée de la communauté, les créanciers ont action sur les biens de la femme, de la communauté (1) et du mari et peuvent s'attaquer à l'un quelconque des trois patrimoines en question tant qu'ils ne sont pas complétement désintéressés.

Et même si on se place à la dissolution de la com-

(1) Cette idée toutefois est formulée d'une façon un peu trop absolue. Le droit de la femme, en effet, sur les biens de la communauté est subordonné à son acceptation de ladite communauté, donc tant que la femme n'a pas pris parti (ce que suppose notre hypothèse), les créanciers ne sauraient avoir plus de droits qu'elle-même. (En ce sens : Aubry et Rau. T. 5, p. 338.

munauté, nous maintenons la décision que nous avons adoptée. A ce moment, sans doute, le mari, à notre avis du moins, n'est plus tenu que pour moitié des dettes tombées régulièrement dans la communauté du chef de sa femme, mais il ne pourra faire réduire cette moitié dans la mesure de la remise contenue au concordat.

Enfin, si comme nous, à la suite d'excellents jurisconsultes (1), on admet que l'article 1419 du Code civil est une dérogation à la règle « *qui auctor est...* » la seconde partie de l'objection soulevée par nos adversaires ne tient plus debout.

41. — Mais la faillite de la femme commune en biens entraîne-t-elle nécessairement la faillite du mari, en supposant naturellement que ce dernier soit aussi commerçant? Ainsi les créanciers commerciaux de la femme ont épuisé tout l'actif de leur débitrice, et cependant n'ont reçu qu'un dividende; le refus ou l'impossibilité pour le mari de payer le reliquat des dettes commerciales de la femme doit-il avoir pour résultat d'entraîner sa propre faillite?

Nous estimons que le jeu des principes conduit logiquement à la solution suivante :

Les dettes commerciales de la femme, en tombant dans la communauté, ont perdu, tout au moins à l'égard du mari, leur caractère commercial, car ce dernier n'étant tenu que comme chef de l'association

(1) Voir Guillouard. Traité du Contrat de mariage.

conjugale, le principe de son engagement est purement civil, de sorte que la question est de savoir si le seul non paiement de dettes civiles peut pour un commerçant entraîner la faillite. Or, c'est là une difficulté que nous n'avons pas à examiner ici complétement, aussi nous bornerons-nous à rappeler la solution la plus ordinairement admise. On décide que seul le défaut de paiement des dettes commerciales peut entraîner la faillite, puisque la faillite étant un événement de la vie commerciale, il doit y avoir corrélation entre la qualité de commerçant nécessaire pour qu'il y ait faillite et la nature des actes pouvant amener une faillite. A cette doctrine toutefois on apporte un tempérament. Les Tribunaux de commerce dans l'appréciation de la situation générale du commercant, peuvent tenir compte du défaut de paiement des dettes civiles.

Ainsi donc le mari, s'il n'acquitte pas toutes celles des obligations de la femme mises à sa charge d'après les règles que nous avons indiquées, pourra être contraint à déposer son bilan, mais il y aura là une faillite distincte de la faillite de la femme et provenant seulement de ce que le mari n'a pas rempli ses obligations personnelles et non de ce que la femme a manqué à ses engagements. En un mot, la faillite de la femme marchande publique n'entraine pas fatalement la faillite du mari aussi commerçant.

42. — Nous nous sommes bornés jusqu'à présent à examiner quels étaient à l'égard du mari, les effets

des *contrats* passés par la femme marchande publique. C'est là en effet, l'hypothèse la plus simple, celle qui se présentera presque toujours dans la pratique et la seule que visent l'art. 1426 du Code civil et l'art. 5 du Code de commerce. Aussi peut-on se demander ce qu'il faudra décider au cas où la femme dans l'exercice de son commerce se rendrait coupable d'un délit ou d'un quasi-délit.

La jurisprudence décide que le mari n'est pas civilement responsable des imprudences que la femme peut commettre dans la pratique du négoce. Ainsi, une femme commerçante en maniant des substances inflammables avait mis le feu à une maison contiguë à ses magasins : la Cour suprême a écarté sans hésitation toute responsabilité du mari (1).

Cette décision toutefois n'a pas été sans soulever des critiques. On fait d'abord remarquer qu'aux termes de l'art. 1384 du Code civil, on répond non seulement de la propre faute mais encore du dommage né du fait des personnes sur lesquelles on a autorité. Or le mari a la femme sous sa garde, donc il est garant de la réparation de tout préjudice qu'elle peut causer. La réponse à l'objection est tout indiquée. D'abord le mari n'est pas visé formellement, *in terminis*, par l'article 1384 : ensuite la disposition qu'édicte l'article en question a pour fondement une présomption de faute, de sorte que la stricte interpré-

(1) Voir Dalloz, 1873, t. 1 p. 33.

tation est de rigueur ici. D'ailleurs les motifs à l'aide desquels on peut justifier l'article 1384 ne se retrouvent pas ici, car nous estimons que le mari n'a pas sur la femme, surtout lorsqu'elle est marchande publique, une autorité de direction suffisante pour qu'il puisse être mis en cause.

Mais on insiste, et on prétend trouver dans l'article 1426 la condamnation même de la Jurisprudence. Ce texte, dit-on, sans doute emploie l'expression « contrat » mais ce mot doit être entendu au sens large d'obligation comprenant les délits ou quasi-délits aussi bien que les contrats ou quasi-contrats. Et la conséquence qui découle logiquement de cette interprétation c'est que la femme qui a commis une imprudence dans son commerce s'oblige commercialement vis-à-vis des tiers et que ce sera aux tribunaux de commerce d'arbitrer les dommages-intérêts dus pour le préjudice causé dans l'exploitation du négoce.

Il y a là évidemment une interprétation trop extensive de l'article 1426 pour que nous puissions songer un instant à l'admettre. Le mot « *contrat* » ne doit pas être détourné de son acception usuelle, surtout en présence des motifs dont s'est inspiré le législateur en écrivant le texte qu'on invoque contre la Jurisprudence. Les tiers ne sauraient prétendre, en effet, avoir eu ici confiance dans la solvabilité du mari comme au cas où il s'agit d'un engagement contractuel, de sorte que le principe de la responsabilité faisant défaut, les effets doivent cesser également « *cessante causa, cessat effectus* ». D'ailleurs

les art. 220 du Code civil et 5 du Code de commerce supposent dans leur application qu'on est en présence d'un acte concernant le négoce de la femme; or peut-on dire raisonnablement que cette condition est remplie s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit ? Et cette observation a son importance, car on n'hésiterait pas à écarter la responsabilité du mari au cas où l'imprudence aurait été commise par la femme en vaquant par exemple aux soins du ménage.

Ajoutons enfin qu'en se prononçant dans le sens que nous avons indiqué, la Jurisprudence ne fait que s'en tenir aux principes du droit commun (1). Il n'y a en effet que quelques lois spéciales qui aient consacré exceptionnellement la responsabilité du mari à l'occasion des délits de la femme. Nous nous bornerons à citer l'article 7 tit. 2 de la loi du 2 septembre 1791 (délits de police rurale) et l'article 35 du décret du 1er germinal an 13 (contravention aux contributions indirectes).

(1) On trouve encore dans quelques décisions judiciaires un argument qui peut se formuler ainsi : Le mari, sous le régime de communauté, profite du commerce de la femme, il est donc juste que par réciprocité il subisse les pertes que peut entraîner ce commerce. Or si le mari répond des engagements que la femme a contractés pour le fait de son commerce, parce que ce sont des actes dont il bénéficie, on ne peut plus trouver le principe de cette responsabilité quand la femme, au lieu d'un acte licite se rattachant au négoce, commet un acte illicite étranger au commerce. Ce raisonnement ne nous paraît pas exact, parce que nous admettons que le mari est tenu des obligations contractées par la femme régulièrement habilitée, lors même que la communauté n'en a pas profité et que vu la nature de l'acte, elle n'était pas appelée à en retirer les bénéfices.

43. — Mais il se peut que les époux, tout en adoptant le régime de la communauté, aient inséré dans leurs conventions matrimoniales une des clauses que l'article 1497 propose à la libre acceptation des parties et il nous faut alors nous demander quels seront dans ce cas les effets des engagements commerciaux de la femme. Parcourons quelques espèces.

---

## SECTION II

### COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS

44. — Supposons d'abord que les époux ont adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts. Nous n'éprouvons aucune hésitation à admettre encore ici le principe de la responsabilité du mari, estimant que cette solution est commandée et par les textes et par la raison.

Et en effet, l'article 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, déclarent d'une façon générale et sans restriction à tel ou tel cas spécial que la femme marchande publique oblige le mari s'il y a communauté entre eux.

Se place-t-on au point de vue rationnel on constate que sous ce régime, comme dans l'hypothèse d'une communauté légale, il y a un fonds commun où se

mêlent et se confondent les intérêts des époux, que le mari appelé à profiter des bénéfices doit équitablement participer aux pertes.

Enfin d'après les principes fondamentaux du régime qui nous occupe, le mari s'oblige toujours en autorisant sa femme à s'obliger.

Mais si le mari est tenu en principe des dettes commerciales de la femme sous le régime de communauté réduite aux acquêts comme sous le régime de communauté légale, à certains autres égards il n'y a plus lieu de maintenir l'assimilation. Ainsi si on imagine que la femme au moment de la célébration du mariage était propriétaire d'un fonds de commerce, ce fonds lui demeure propre et ne saurait servir de gage aux créanciers personnels du mari. Mais, en sens inverse, comme la loi n'a exclu le mobilier futur qu'autant qu'il échoit en propre à l'un des époux par tout autre mode que par une acquisition proprement dite, il suit que le fonds de commerce acquis par la femme pendant le mariage fera partie de la communauté et sera soumis par conséquent aux dispositions que nous avons fait connaître dans la section précédente.

45. — Et ici se place une observation importante. Si la femme possédait le fonds de commerce antérieurement au mariage, elle devra se garder de négliger de faire dresser inventaire des marchandises qui le composent, car autrement il y aurait lieu à l'application de l'article 1499 du Code civil,

lequel répute acquêt tout le mobilier des époux, si son existence lors du mariage n'a pas été constatée par un inventaire ou un état en bonne forme. Il est vrai qu'on a soutenu que si un des époux apporte un fonds de commerce, ce fonds lui demeure propre malgré l'inobservation de l'article 1499, si d'une part le fonds de commerce n'a pas changé de nature, et que d'autre part, l'apport en ait été constaté par contrat de mariage. On fait valoir à l'appui de cette doctrine que les objets qui garnissent un fonds de commerce ne sont pas en général susceptibles d'être mêlés et confondus avec les autres objets composant le mobilier des époux, mais qu'au contraire, ils restent distincts et séparés. Enfin, ajoute-t-on, il est difficile de concevoir un fonds de commerce sans les marchandises qui le composent, de sorte que la constatation seule du fonds de commerce dans le contrat de mariage suffit pour qu'il y ait état des meubles apportés.

Quelle que soit la valeur de ces considérations, elles ne nous semblent pas suffisantes pour motiver une aussi grave dérogation à la règle très précise de l'art. 1499.

On peut encore signaler une différence entre la communauté légale et la communauté réduite aux acquêts. Sous ce dernier régime, le mari ne sera pas tenu des dettes commerciales de la femme antérieures au mariage.

## SECTION III

### CLAUSE ASSIGNANT A LA FEMME LA TOTALITÉ DE LA COMMUNAUTÉ (ART. 1525)

46. — D'après les principes de la communauté légale, l'actif net du fonds commun se partage par moitié entre époux, mais il se peut que les conventions matrimoniales contiennent la clause que prévoit l'art. 1525 : attribution à la femme de la totalité de la communauté, et on est amené à se demander si cette exclusion du partage doit demeurer sans effet sur la responsabilité dont le mari est tenu sous le régime de la communauté légale? Une réponse négative s'impose aux auteurs qui rattachent la disposition des art. 1426 du Code civil et 5 du Code de commerce à cette idée que le mari, bénéficiant des gains de la femme, doit être tenu du passif commercial ; au cas qui nous occupe, en effet, les valeurs commerciales sont destinées à grossir un fonds commun qui a été réservé exclusivement à la femme. Là cependant, croyons nous du moins, n'est pas la vérité.

La femme peut renoncer à la communauté, auquel cas le fonds commun dans lequel sont tombés les bénéfices réalisés dans le négoce revient pour le tout au mari et cette seule possibilité suffit, à notre avis, pour légitimer l'obligation du mari aux dettes

contractées par la femme marchande publique. Il est vrai que notre solution est singulièrement favorable à la la femme commerçante qui a toutes les bonnes chances de son côté. Et en effet, si la communauté est bonne, la femme se gardera bien de ne pas accepter ; si elle est mauvaise, elle aura hâte de renoncer pour échapper au paiement de toute dette qui ne lui sera pas personnelle, et le mari qui est tenu sur ses biens des dettes de la communauté pourra être inquiété tant que le passif commercial de la femme ne sera pas complétement éteint. Cependant, si un pareil résultat semble blesser l'équité, il ne faut pas oublier que les revenus des gains commerciaux de la femme sont tombés dans la communauté et que le mari en a profité.

---

## SECTION IV

### DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSELLE

47. — Lorsque les époux, conformément à l'article 1526 du Code civil, ont adopté la communauté à titre universel, la dérogation au droit commun consiste en ce que la communauté comprend la totalité de la fortune de chacun des conjoints, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les biens présents et les biens à venir, entre les meubles ou les immeu-

bles. Sous un tel régime, il est très facile de déterminer l'étendue des engagements commerciaux de la femme.

Il n'y a qu'un seul patrimoine, le patrimoine de la communauté qui est pour les époux une sorte d'ayant cause à titre universel, de sorte que les créanciers commerciaux, tant qu'ils ne sont pas complétement désintéressés, s'attaquent valablement au fonds commun.

Il est vrai que les époux ont pu stipuler que la communauté comprendrait seulement soit la totalité des biens présents, soit la totalité des biens à venir, et cependant, aux termes de l'article 1526 précité, il y aura encore communauté à titre universel. Si telles sont les conventions matrimoniales, on aperçoit sans peine qu'il y a alors place pour chacun des époux à un patrimoine propre, et l'obligation du mari aux dettes se trouve naturellement modifiée. Ainsi imaginons que d'après le contrat de mariage le fonds commun ne doive se composer que des biens à venir mobiliers et immobiliers, il va de soi que dans cette hypothèse l'acquittement du passif commercial existant lors du mariage ne saurait être poursuivi contre le mari.

Nous ne croyons pas devoir insister davantage à propos d'un régime qui n'est pas passé dans nos mœurs et dont l'étude, par suite, n'offre pas grand intérêt.

## SECTION V

### DE LA CLAUSE DE RÉALISATION

48. — Comme nous l'avons fait remarquer dans notre section première, le régime de la communauté légale, à côté de nombreux avantages, présente pour la femme commerçante certains inconvénients. Ainsi les créanciers du mari peuvent s'attaquer aux valeurs du fonds de commerce et cette possibilité rend forcément incertaine l'exploitation du négoce. Aussi arrive-t-il quelquelquefois que la femme, pour s'assurer une plus grande indépendance et augmenter son crédit commercial, insère dans le contrat de mariage une clause de réalisation du fonds de commerce qu'elle apporte, ou qu'elle se propose d'exploiter ultérieurement. Elle pourra alors, sans recourir à la séparation de biens, défendre le fonds de commerce qu'elle a réalisé contre les poursuites des créanciers du mari.

Toutefois, pour atteindre son but efficacement, la femme devra avoir soin de faire dresser un inventaire régulier des marchandises du fonds de commerce qu'elle réalise, car autrement, elle verrait lui échapper le bénéfice de la clause protectrice insérée au contrat de mariage. Il est vrai que l'article 1504 permet de suppléer au défaut d'inventaire, mais il est généralement reconnu que cette possibilité n'existe qu'à l'encontre du mari.

Inutile d'ajouter que cette clause de réalisation diminue le crédit du mari dont les créanciers voient se restreindre l'étendue du patrimoine pouvant servir à l'acquittement de leurs créances, mais l'équité n'est nullement froissée d'un tel résultat. Les tiers, en effet, qui ont traité avec le mari ont pu prendre connaissance du contrat de mariage de leur débiteur et par suite y constater l'existence d'une clause restrictive de leurs droits ; que s'ils n'ont pas pris cette précaution c'est le cas d'appliquer le brocart « *non pati censetur qui culpâ suâ lœditur.* »

49. — Les effets de la clause de réalisation varient selon que le fonds de commerce qu'elle vise existait ou non lors de la célébration du mariage.

Supposons la femme marchande publique antérieurement au mariage. Les dettes commerciales doivent-elles tomber dans la communauté ? Une sous-distinction est ici nécessaire. Si la réalisation du fonds de commerce n'est que la conséquence de la réalisation elle-même de tout le mobilier existant au mariage, il ne saurait y avoir de difficultés. Les dettes commerciales comme les autres dettes mobilières sont exclues de la communauté. La clause de réalisation ne vise-t-elle uniquement que le fonds de commerce, alors le passif commercial tombera dans la communauté, par application de la règle « *res alienum totius patrimonii*, etc... »

Les gains réalisés par la femme tomberont dans la communauté et le mari en aura la jouissance.

Les créanciers commerciaux qui sont des créanciers personnels de la femme, pourront agir pendant la durée de la communauté sur le patrimoine du mari et sur les biens propres de la femme parmi lesquels se trouvera précisément le fonds de commerce réalisé.

Notons toutefois que les différents résultats auxquels nous venons de faire allusion, ne se produiront que si on reconnaît comme vraies les deux propositions suivantes. La clause de réalisation empêche les choses non fongibles de tomber dans la communauté. Un fonds de commerce doit être considéré comme chose non fongible. On sait encore que ces deux idées, surtout la première, sont l'objet de controverses, mais comme elles sont, en raison même de leur généralité, en dehors du programme de notre étude, nous croyons devoir passer outre sans insister.

---

## SECTION VI

### RÉGIME DOTAL

50. — Dans le chapitre que nous avons consacré à la capacité de la femme commerçante, après avoir posé ce principe général que la femme marchande publique peut hypothéquer, aliéner ses biens, nous

nous sommes bornés à ajouter simplement qu'au cas d'adoption du régime dotal, l'hypothèque et l'aliénation des immeubles dotaux ne pouvait avoir lieu que dans les cas déterminés et d'après les règles prescrites par le droit civil. C'est sur cette restriction apportée par le second alinéa de l'art. 7 du Code de commerce aux droits de la femme commerçante mariée sous le régime dotal qu'il nous faut maintenant insister, et nous allons entrer dans certains détails dont la place nous semble toute marquée dans cette section, car la situation des créanciers de la femme marchande publique est gravement atteinte par les règles du régime dotal.

51. — La disposition restrictive consacrée par les rédacteurs du Code de commerce dans l'article 7, n'est pas une innovation législative : elle était déjà admise dans notre ancien droit, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans quelques pays coutumiers. Nous mentionnerons notamment la coutume de Normandie qui avait prohibé l'aliénation du fonds dotal pour « faits de négoce ». Et cependant le principe de la possibilité de l'aliénation du fonds dotal pour la femme commerçante vivement défendu par la section de l'Intérieur, faillit l'emporter lors de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat. On faisait remarquer avec raison que le droit de vendre les biens dotaux pouvait être, le cas échéant, une ressource précieuse pour la femme

marchande publique dont il augmentait le crédit commercial. Et surtout, comme considération décisive, on faisait valoir une simplification possible à cette époque dans la marche des choses, puisque si la femme ne pouvait engager sa fortune dotale, elle s'obligeait par corps elle-même. Or, disait-on, les créanciers n'auront qu'à s'assurer de sa personne, et les biens deviendront aliénables : Pourquoi dès lors ne pas supprimer une formalité préalable à la fois rigoureuse et inutile ? (1)

Mais ces arguments, à tort ou à raison, ne furent pas trouvés décisifs. On vit dans la dot la réserve dernière qu'il fallait à tout prix conserver à la famille, et pour atteindre sûrement ce but, on ne voulut pas permettre à la femme d'employer ses biens dotaux au commerce qui est une source de dangers nombreux. Il ne faut pas oublier non plus qu'à ce moment on était encore sous l'influence des errements du passé et qu'on avait présent à l'esprit ce qui se passait dans les pays de droit écrit où la femme pouvait se livrer au négoce et ne rencontrait pas dans le principe de l'inaliénabilité d'entraves sérieuses aux opérations de son commerce.

Par conséquent, aujourd'hui, bonne ou mauvaise, la règle est donc que la femme commerçante, à l'endroit de sa dot, se trouve dans la même situation que la femme non-commerçante. Elle ne peut alié-

(1) V. Séance du 10 janvier 1807.

ner, hypothéquer le bien dotal que dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil.

52. — A ne s'en tenir qu'à la lettre stricte de l'article 7 du Code de commerce, il n'y aurait que les biens visés par une clause directe de dotalisation qui seraient hors des atteintes des obligations de la femme marchande publique, mais il est unanimement admis qu'une interprétation aussi judaïque de la loi doit être repoussée. Et en effet, à côté du cas de dotalité résultant d'une stipulation formelle, il faut encore reconnaître la dotalisation des biens donnés à la femme par contrat de mariage ; biens auxquels il y aura lieu d'appliquer sans hésitation la règle de l'article qui nous occupe en ce moment.

53. — Mais nous rencontrons ici une difficulté dont la solution est un peu plus embarrassante. Il se peut que la femme, tout en adoptant la communauté comme base des conventions matrimoniales, ait déclaré soumettre ses immeubles aux règles du régime dotal. On sait que la validité d'une telle combinaison est singulièrement douteuse et que même la grande majorité des auteurs se refuse à l'admettre. Mais enfin supposons pour un instant de raison avec une Jurisprudence aujourd'hui certaine qu'on puisse, sous le couvert de la liberté des conventions, amalgamer « *ad libitum* » le régime de communauté avec le régime dotal, va-t-il s'en suivre qu'il y ait encore lieu d'appliquer la disposition de l'article 7 du Code de commerce ?

En faveur de l'affirmative, on ne peut qu'invoquer l'analogie des motifs, et dans l'espèce cet argument nous semble insuffisant.

Les expressions dont se sert la loi sont en effet aussi caractéristiques que précises. Elle ne se contente pas de dire les « *biens stipulés dotaux* », elle va plus loin, elle exige l'adoption dans le contrat de mariage du régime dotal comme régime principal « *quand les femmes seront mariées sous le régime* « *dotal* » dit le Code de commerce. Et notons que ces derniers mots, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires, ont été ajoutés exprès par le législateur de 1807 pour qu'aucun doute ne fût possible sur le sens de l'inaliénabilité qu'il édictait.

Le régime dotal, d'un autre côté, est un régime condamné par les économistes, et nous croyons qu'il est bon de ne pas chercher à en étendre le champ d'application, alors qu'aucun texte de loi n'y oblige. Enfin la doctrine que nous préconisons a encore cet heureux effet qu'elle augmente le crédit de la femme et par suite ses ressources commerciales. Ainsi donc les créanciers d'une femme commune en biens et marchande publique pourront, selon nous du moins, s'attaquer aux immeubles, malgré la clause de dotalisation insérée au contrat de mariage.

54. — Comme la femme peut se constituer tous les biens présents et à venir, ou seulement les biens présents, en un mot donner à la constitution de dot

une portée plus ou moins étendue, on comprend facilement que les droits des créanciers de la femme commerçante varieront avec les termes mêmes du contrat de mariage et que, selon les cas, les garanties qui leur seront offertes seront plus ou moins sérieuses.

55. — On aperçoit aussi que la situation des créanciers de la femme change selon qu'on fait ou non application à la dot mobilière du principe de l'inaliénabilité. La question de savoir si cette extension doit être admise a été l'objet des plus vives controverses, mais comme elle est en dehors de notre étude, nous passerons outre.

56. — De cette idée que le bien dotal est inaliénable, la Jurisprudence, avec raison, en a déduit le principe de l'insaisissabilité à l'égard des créanciers. La fortune paraphernale (1) de la femme commerçante répondra donc seule des engagements commerciaux de la femme. Et cette décision doit encore être maintenue même au cas où le contrat de mariage contiendrait pour la femme possibilité d'aliéner les biens dotaux avec autorisation du mari. Il ne faut voir en effet dans cette clause que la consécration d'un droit exclusivement personnel à la

(1) Toutefois si on décide que sous ce régime le mari est tenu des dettes commerciales de la femme, on peut admettre, avec la Cour de Nimes, que les créanciers auront action sur l'excédent des revenus dotaux. Voir Sirey, t. 2, p. 413.

femme et dont l'exercice ne saurait lui être imposé. Si donc la femme ne croit pas devoir user de la faculté d'aliéner qu'elle s'est réservée par contrat de mariage, les créanciers se trouveront dans la même situation qu'au cas d'adoption du régime dotal pur et simple. Nous ferons observer toutefois que la femme ne pourrait seule aliéner les immeubles dotaux sous prétexte qu'elle a été autorisée à faire le commerce. Le texte de l'article 7 et une certaine interprétation du consentement donné par le mari au commerce de la femme ne permettent pas de décider autrement. En droit commun, en effet, le fonds dotal, même pour la femme marchande publique est inaliénable, de sorte que la disposition du dit fonds comme conséquence du négoce n'a pu entrer dans les prévisions du mari, et dès lors il nous faut revenir au contrat de mariage et aux principes généraux.

57. — Mais, fait plus grave, les effets de l'inaliénabilité se font sentir même jusque dans l'avenir; en d'autres termes, les créanciers commerciaux qui ont traité avec la femme pendant le mariage, ne pourront prétendre, l'union conjugale dissoute, qu'il n'y a plus d'inaliénabilité, et que dès lors les biens dotaux, comme le reste du patrimoine de la femme, doivent être affectés au paiement de leurs créances. L'inaliénabilité en effet tient, selon nous du moins, non pas tant à l'incapacité de la femme qu'à une sorte d'indisponibilité, de mise hors du commerce

dont la loi a frappé les biens dotaux, si bien que les créanciers de la femme n'ont eu droit de compter que sur la fortune paraphernale de leur débitrice (1). Cette solution est, il est vrai, très rigoureuse, mais elle seule permet de conserver à la dot sa destination naturelle qui est de subvenir aux charges du ménage. Les créanciers commerciaux de la femme doivent donc être traités comme des créanciers ordinaires, c'est-à-dire être déclarés irrévocables à se livrer à aucune exécution sur les biens dotaux redevenus libres.

58. — Il va de soi toutefois que même pendant la durée du mariage les marchandises dont se compose le fonds de commerce ne sauraient être considérées comme dotables puisque de leur nature elles sont essentiellement aliénables et que par leur destination même elles sont appelées à circuler de mains en mains par une série de ventes.

59. — De ces diverses considérations il résulte que la dotalité arrivera dans la pratique à jeter fréquemment dans les affaires de la femme une regrettable incertitude. L'insaisissabilité du fonds dotal entraîne des conséquences contraires aux nécessités du crédit. Dans le commerce, la célérité dans les transactions est une condition de succès, et il pourra

(1) Remarquons qu'avec la doctrine qui rattache l'inefficacité de l'obligation de la femme dotale à un vice tenant à la personne de l'obligé et non à la chose même objet de l'obligation, on arrive à la même solution. La femme étant incapable quand elle s'est obligée, la capacité qu'elle acquiert par le veuvage ne rétroagit pas.

se faire que des tiers sur le point de contracter avec la femme croiront devoir s'arrêter en présence d'un contrat de mariage contenant adoption du régime dotal. A un certain point de vue sans doute, la femme dotale se trouve dans une situation privilégiée. Une partie de sa fortune est à l'abri des poursuites de ses créanciers, mais précisément le peu de garanties qu'elle pourra offrir aura pour résultat naturel d'écarter les tiers et de faire en quelque sorte autour d'elle un vide plus ou moins grand. La protection est ici si efficace qu'elle manquera parfois son but et se retournera contre la femme dans l'intérêt de laquelle cependant elle a été édictée.

Il est vrai qu'autrefois il y avait un moyen de remédier à la situation rigoureuse que la clause de dotalité crée aux créanciers. En tant que marchande publique, la femme même dotale était contraignable par corps, de sorte que les créanciers n'avaient qu'à s'assurer de sa personne pour se trouver dans un des cas où la loi permet l'aliénation du bien dotal. Mais depuis la loi du 22 juillet 1867, cette ressource a disparu. Cependant même à l'heure actuelle, d'après certains auteurs du moins, il y aurait encore un moyen pour les créanciers de ne pas se trouver désarmés absolument vis-à-vis de leur débitrice femme dotale. Ce moyen consiste dans la mise en faillite accompagnée de l'incarcération prévue par l'article 485 du Code de commerce.

D'une part, en effet, aux termes de l'article 1538 du Code civil, al. 1, le bien dotal peut être vendu

quand l'aliénation a pour but de tirer la femme de prison, et d'autre part, les syndics mandataires à la fois de la femme faillie et des créanciers auront qualité pour poursuivre la vente des biens dotaux.

Malgré la réunion de ces diverses conditions, nous ne pouvons nous ranger à une telle manière de voir. Le bien dotal est inaliénable, nous l'avons déjà dit, non pas parce que la femme est incapable, mais parce qu'il est indisponible, de sorte que vis-à-vis de tout créancier commercial de la femme il est en quelque sorte hors du commerce, et partant ne saurait être frappé du droit de gage créé par l'article 2092 du Code civil. Or ce qui est vrai pour chaque créancier pris isolément demeure vrai pour l'ensemble des créanciers, pour la masse. D'ailleurs même après la déclaration de faillite, la propriété des immeubles dotaux continue à résider sur la tête de la femme, et si cette dernière préfère la prison à la ruine, la ressource que la loi offre aux créanciers, prétend-on, demeure inefficace. Cette théorie toutefois, nous le reconnaissons, n'est pas à l'abri de toute critique : elle permet à la femme de soustraire aux poursuites de ses créanciers personnels une part plus ou moins grande de son patrimoine, et c'est là un résultat regrettable, mais nous estimons que l'application des principes du droit ne permet pas de se rallier à une autre solution. D'ailleurs les tiers, avant de traiter avec une femme dotale, peuvent exiger des garanties particulières.

60. — Tels sont les droits des créanciers commerciaux d'une femme dotale marchande publique : il faut maintenant examiner si le mari de la femme mariée sous ce régime est tenu des obligations qu'elle a contractées pour son négoce. Nous avons déjà fait remarquer que d'après le Code, ce n'est qu'autant qu'il y a eu adoption du régime de communauté, que les actes de la femme commerçante obligent le mari. Mais en ce qui touche le régime dotal, nous n'avons pas de texte, et le silence de la loi a donné naissance à des difficultés sérieuses que nous devons examiner.

61. — Indiquons d'abord nettement à quels termes se pose la question. Le mari qui autorise la femme dotale à exercer un commerce, ou une industrie quelconque, doit-il en recueillir les bénéfices soit irrévocablement comme fruits, soit comme capital dotal sujet à une restitution ultérieure ? Ou au contraire la femme a-t-elle le droit d'en garder tout à la fois et la jouissance et la propriété ? Une distinction est ici nécessaire. Est-ce à l'aide de biens paraphernaux que la femme se livre au commerce, le mari doit alors rester étranger aux bénéfices comme aux pertes, car il y a ici une véritable séparation de biens partielle, et il faut appliquer les règles spéciales à ce régime. Mais si nous supposons que la femme se soit constitué en dot tous ses biens présents et futurs, la difficulté demeure entière, car alors l'industrie se trouve comprise « *in dote* ».

Nous pensons que le mari n'a droit à aucun titre

aux bénéfices réalisés par la femme dans le commerce et que par voie de conséquence il n'est tenu des dettes ni en principal, ni en intérêts. Et cette solution a tout d'abord l'avantage d'être conforme aux précédents historiques « *Si mulier*, disait le prési- « dent Boyer, *esset chirurgica aut obstetrix, sive ballia,* « *vel lanifica, tum in quod adquisivit ex istis ope-* « *ribus sibi et non viro adquisivisse dicitur.* » Que si d'un autre côté on consulte soit les textes actuels, soit la raison, on n'arrive pas à une conclusion différente.

Ni le commerce, ni l'industrie ne sont un *bien* au sens étroit de ce mot, ils constituent seulement une *source* de biens, ils ne sont autre chose que la personne elle-même, en tant que cette personne est une volonté, une intelligence. Juridiquement parlant, le commerce et l'industrie ne sont pas davantage un bien existant dans le patrimoine, susceptible d'être aliéné, hypothéqué, de figurer dans la classe des meubles ou des immeubles. Nous n'en voulons pour preuve que les articles 1833 et 387 du Code civil. Le premier de ces deux articles porte en effet que l'associé doit apporter dans la société, ou de l'argent,... ou d'autres biens, ou son « *industrie* ». Ce texte, comme on peut le constater à la simple lecture, contient une distinction très nette de l'industrie avec les autres biens. Quant à l'article 387, il pose d'une façon non moins précise le principe de la personnalité de l'industrie, en n'étendant pas la jouissance légale des père et mère aux biens que les enfants peuvent acquérir par leur travail ou leur industrie.

On nous objecte, il est vrai, dans le système contraire, que les produits de l'industrie et du commerce tombent dans une communauté même réduite aux acquêts. C'est exact, mais il ne faut pas oublier que sous ce régime, les conjoints ont uni d'une façon plus étroite leurs intérêts pécuniaires que sous le régime dotal. On sait d'ailleurs que l'industrie elle-même ne tombe pas dans la société réduite aux acquêts, car autrement on devrait décider qu'elle appartient, après la dissolution de la communauté, pour moitié aux héritiers de l'époux prédécédé ; et c'est là ce que personne n'a osé soutenir.

Il résulte donc, tout au moins, de ce qui précède qu'on peut éprouver des hésitations sur le point de savoir si l'industrie est ou non un bien, et par suite doit être comprise en dot. En d'autres termes, nous sommes en présence d'une difficulté portant sur l'étendue d'une constitution en dot ; or, c'est un principe admis sans contestation, que toute constitution de dot, quelle qu'elle soit, doit être interprétée restrictivement, et que dans le doute, la paraphernalité se présume.

Il est vrai que le système que nous préconisons ici n'est pas, à un certain point de vue, sans inconvénients pour la femme. En effet, la clause de dotalité d'une part, et l'absence de responsabilité du mari d'autre part, rendent les droits des créanciers de la femme illusoires et ne laissent pas de biens disponibles pour les opérations du commerce. Nous reconnaissons qu'en pareille circonstance, l'exercice

du négoce sera pour la femme d'une application plus difficile sans doute, mais restera cependant possible. Ainsi, elle peut avant le mariage avoir commerce avec des ressources très minimes, et être arrivée à créer un établissement avec les gains qu'elle a successivement amassés. Elle peut après le mariage même obtenir d'un tiers le prêt des fonds nécessaires, et alors le mari n'aura aucun droit à exercer, ni aucune obligation à remplir.

Enfin, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de communauté, il n'y a, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, aucun texte visant la difficulté qui nous occupe, et ce silence du Code suffirait presque seul, selon nous, à justifier la doctrine que nous avons adoptée ; aussi n'insisterons-nous pas davantage (1).

Si par hasard, toute la fortune de la femme était paraphernale, cette dernière devrait abandonner au mari une certaine portion des gains commerciaux pour faire face aux charges du ménage (art. 1575). Mais elle ne pourrait au cours du mariage prendre l'engagement de verser aux mains du mari la totalité des bénéfices, car il y aurait là un manquement à la loi, une violation de l'article 1395 du Code civil.

---

(1) En ce sens : Massé. T. 3, nos 185 et 372. — Pardessus. Droit commercial, t. 1, n° 68 et D. 1826-2, 22. — L'opinion contraire est enseignée par Bédarride. Des commerçants, p. 226. — Longnier. T. 1, p. 265. — Et Vazeille. T. 2, n° 366.

## SECTION VII

### RÉGIME DOTAL AVEC SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

62. — Il se peut que les époux, au lieu d'adopter le régime dotal pur et simple, aient usé de la faculté concédée par l'article 1581 du Code civil, en d'autres termes, que le contrat de mariage contienne adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal, et comme cette combinaison se rencontre fréquemment dans la pratique, il n'est pas sans intérêt de rechercher quels seront alors les effets des obligations commerciales de la femme.

L'application pure et simple des principes nous conduit à reconnaître ici aux créanciers commerciaux de la femme marchande publique un droit de gage très étendu. Ainsi ils pourront s'attaquer aux biens paraphernaux de la femme, aux biens personnels du mari, et parfois, selon l'époque à laquelle se placeront leurs poursuites, aux biens mêmes de la société d'acquêts. On conçoit donc que sous un tel régime la femme arrive à ruiner son mari tout en conservant devers elle un patrimoine plus ou moins opulent, selon que la constitution de dot sera elle-même plus ou moins étendue. Et notons que ce n'est pas faire là une supposition purement théorique. La femme pourra, à l'aide de combinaisons et d'expédients comme on en voit trop souvent dans la

pratique, arriver à cacher sa véritable situation au mari et à n'avouer la vérité que lorsque le mal sera irréparable.

---

## SECTION VIII

### RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ

63. — Si nous supposons les époux mariés sous le régime sans communauté, nous retrouvons les mêmes questions que sous les sections précédentes. Le mari profite-t-il des gains commerciaux de la femme? Doit-il être tenu dans une mesure quelconque des obligations contractées par la femme pour son commerce?

64. — Les auteurs qui admettent que sous le régime dotal le mari acquiert irrévocablement les gains commerciaux de la femme, maintiennent, et pour être logiques doivent maintenir ici la même solution. Ils s'appuient sur des arguments de texte et mettent à contribution l'article 1498 d'une part, et les articles 1530 et 1531 d'autre part. Ils font remarquer que d'après l'article 1498, les gains commerciaux ne sont pas compris dans le mobilier futur que la loi a exclu de la société d'acquêts. Quant aux deux autres textes où sont posées les règles du

régime sans communauté ils confèrent au mari le droit de toucher, mais à des titres différents, les capitaux mobiliers de la femme. Et en effet, toute somme qui n'est que la représentation d'un revenu est acquise irrévocablement au mari, article 1530 ; s'agit-il au contraire d'un capital proprement dit, le mari a qualité pour en opérer le recouvrement, mais à charge de restitution : article 1531. Or on est forcé de reconnaître que les bénéfices du commerce tombent dans l'application de l'article 1530, car par ces mots de l'article 1531 : « le mobilier qui échoit aux époux », il est seulement fait allusion aux successions, donations ou legs. Et le sens de cette expression ne saurait être douteux en présence de plusieurs articles du Code où nous la retrouvons employée. Donc si les capitaux provenant de legs, successions ou donations sont seuls sujets à restitution, les gains commerciaux qui ont une origine autre sont des revenus que le mari acquiert définitivement sous la seule obligation de faire face aux charges du ménage.

Enfin comme dernière considération on rappelle que le mari ne peut et ne doit restituer la dot qu'aux époques déterminées par la loi ; or, sous le régime sans communauté, la femme ne pourra se livrer efficacement au commerce qu'autant qu'il y aura eu de la part du mari une restitution partielle sans doute, mais une restitution prématurée de la dot, et le principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales se trouvera ainsi méconnu.

65. — Une telle argumentation, séduisante en apparence, ne saurait cependant nous convaincre.

Ici comme sous le régime dotal et pour les mêmes raisons, nous refusons au mari l'acquisition irrévocable des bénéfices commerciaux de la femme. Et tout d'abord écartons du débat, sans hésitation aucune, l'article 1498 : ce texte, en effet, est écrit pour les cas de communauté conventionnelle et nous sommes dans une hypothèse où il y a exclusion de communauté.

Sans doute nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître avec nos adversaires que le mari ne peut restituer la dot avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, mais que faut-il en conclure ? que la femme ne saurait pendant le mariage et avec l'autorisation du mari contracter des obligations avec toutes les suites et effets que la loi y attache ? Evidemment non, et si certains biens de la femme ont été vendus pour acquitter une dette régulièrement contractée par cette dernière, il va de soi que le mari ne saurait être tenu de restituer les biens aliénés.

66. — Mais il faut aller plus loin et admettre, au point de vue qui nous occupe, une assimilation complète entre le régime dotal et le régime d'exclusion de communauté ? En d'autres termes doit on, comme sous le régime dotal, aller même jusqu'à priver le mari de la jouissance des sommes provenant du commerce de la femme ? L'affirmative sans doute

peut se défendre, mais nous croyons qu'il est plus raisonnable et plus juridique de reconnaître au mari le droit de reclamer les intérêts des sommes représentant les bénéfices commerciaux de la femme.

Nous ferons d'abord remarquer que l'équité réclame manifestement une telle solution. La femme, grâce au consentement au commerce donné par le mari, peut engager la pleine propriété de ses biens et par suite de cette possibilité le mari court risque de voir diminuer l'étendue de son droit de jouissance. Pourquoi ne pas lui accorder, à titre de compensation, le droit aux intérêts des gains commerciaux ?

Quant aux textes, ils ne sont pas en désaccord ici avec l'équité. Sous le régime d'exclusion de communauté, sauf un cas exceptionnel, il n'y a pas de place pour un bien paraphernal, la femme apporte pour subvenir aux charges du ménage tout ce qui lui échoit pendant le mariage, en tant que revenus naturellement. Tout autre, au contraire, est le régime dotal ; il comporte par sa nature même des biens paraphernaux et le mari ne peut réclamer la jouissance que des biens constitués en dot ; or nous n'avons pas cru devoir admettre qu'on pût regarder comme constitué le capital provenant d'un talent ou d'une industrie.

67. — Il est vrai que la doctrine que nous croyons devoir admettre ici entraîne une difficulté pour la solution de laquelle les textes font absolument dé-

faut. Quel chiffre devront atteindre les gains commerciaux de la femme pour qu'on puisse y voir un capital devant entrer dans les mains du mari pour qu'il en ait la jouissance?

Il est manifeste qu'on ne saurait exiger la remise immédiate aux mains du mari de tout bénéfice quelqu'il soit; s'il en était ainsi tout commerce serait totalement impossible à la femme. Le parti le plus sage consiste, croyons-nous, à décider que le mari n'aura la jouissance des gains commerciaux que lors de la cessation du commerce de la femme: événement qu'il pourra toujours faire se produire par le simple retrait de l'autorisation qu'il a donnée.

68. — Mais si le mari a la jouissance des intérêts des sommes provenant du commerce de la femme, doit-il supporter par voie de conséquence les intérêts des dettes commerciales de la femme? Il semblerait que l'équité commande de répondre affirmativement, nous croyons cependant que l'idée de corrélation entre l'actif et le passif, n'est pas, en l'absence d'une disposition précise de la loi, une raison suffisante pour soumettre toujours à l'obligation des dettes celui qui recueille les bénéfices. Et le Code lui-même dans certains cas ne l'a pas entendu autrement : c'est ainsi que le commanditaire, par exemple, profite indéfiniment des bénéfices et cependant ne peut pas être exposé au delà du capital restreint qu'il a engagé. Enfin, et c'est là une considération décisive, nous n'avons pas ici comme au cas de communauté,

de textes formulant le principe de la responsabilité du mari,

69. — Que si on admet avec certains auteurs que les bénéfices commerciaux de la femme ne sont que des fruits, des revenus, on peut se demander s'ils échappent ou non aux poursuites des créanciers du mari.

L'argument le plus sérieux qu'invoque l'opinion négative consiste à faire remarquer que dans l'espèce qui nous occupe, le droit du mari est moins le droit d'un propriétaire que celui d'un mandataire chargé des revenus affectés à un emploi déterminé à l'avance, obligatoire, et qu'on ne saurait permettre aux créanciers personnels d'un mandataire de saisir les biens qu'il détient en vertu de ce seul titre.

Nous croyons cependant qu'il est préférable de s'en tenir ici à la solution commandée par l'article 2092 du Code civil. Tous les biens qui appartiennent au mari forment le gage de ses créanciers et sont une sûreté de leurs droits. Ils subissent les charges et restrictions que le contrat de mariage impose à leur débiteur, le mari, mais ils sont aussi fondés à compter sur les avantages que ce même contrat leur procure. Or, puisqu'il est admis par hypothèse que les bénéfices commerciaux de la femme sont des revenus qui appartiennent au mari, ils appartiennent aussi pour cette raison à ses créanciers.

## SECTION IX

### RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

70. — Sous la section I, en nous occupant de la communauté, nous avons fait remarquer que si ce régime était favorable à la femme en ce sens qu'il favorisait le développement de son crédit commercial, il présentait l'inconvénient, au moins dans l'opinion que nous avons soutenue, de ne pas permettre à la femme de se livrer au commerce en toute sécurité, les créanciers de son mari pouvant saisir entre ses mains des biens qui sont le gage de ses créanciers personnels. Il se peut donc que la femme, pour garder toute son indépendance et sa liberté d'action, ait adopté dans le contrat de mariage, le régime de séparation de biens. Alors, en effet, tous les auteurs sont d'accord sur ce point, la femme met son actif commercial à l'abri de toute poursuite pouvant porter atteinte aux droits de ses créanciers personnels. Les intérêts pécuniaires des époux étant distincts et séparés, les créanciers du mari ne sauraient à aucun titre s'attaquer aux biens de la femme, quels qu'ils soient. Il est vrai que par voie de réciprocité et surtout par argument *a contrario* des articles 220, 1426 du Code civil, et 5 du Code de commerce, le paiement des dettes commerciales de la femme ne peut être réclamé au mari.

71. — Sous le régime de séparation de biens, il n'y a donc aucune difficulté à déterminer les droits des créanciers respectifs de chaque conjoint, qu'ils soient des créanciers commerciaux ou non. Nous ferons observer toutefois qu'en cas de faillite de la femme, il sera bon de se livrer à un examen attentif des livres de commerce pour vérifier si les gains ou une partie de l'actif commercial de la femme n'ont pas profité au mari au-delà de la proportion dans laquelle elle était tenue de contribuer aux charges du ménage.

72. — En examinant les droits des créanciers de la femme commerçante ou du mari, nous avons toujours jusqu'ici dans toutes les sections qui précèdent, sans distinction aucune, supposé que la femme avait été autorisée à faire le commerce par le mari lui-même.

Nous ne pensons pas en effet que dans le cas spécial qui nous occupe, l'autorisation du mari puisse suppléer celle de justice; mais si on admet avec plusieurs auteurs la solution contraire, il faut au moins reconnaître que l'autorisation de justice ne saurait préjudicier au mari.

Ainsi sous le régime de communauté, les actes passés par la femme ne donneront aux tiers aucun droit de poursuite sur les biens de la communauté, et la jouissance même des biens personnels à la femme sera à l'abri de toute atteinte. Les cré-

anciers n'auront alors d'autre ressource que la nue-propriété des biens de leur débitrice.

Et naturellement cette règle doit recevoir son application dans tous les cas où l'autorisation de justice remplace celle du mari, sans distinguer si elle a été accordée à la suite d'un refus, ou par raison d'incapacité.

---

## SECTION X

### SANCTION DES ENGAGEMENTS COMMERCIAUX DE LA FEMME

73. — Maintenant que nous connaissons les variations que subit la capacité de la femme marchande publique selon qu'elle a adopté tel ou tel régime matrimonial, il nous faut rechercher quelle sera, en cas d'inexécution, la sanction des engagements contractés dans l'exercice du commerce.

74. — Tout d'abord il va de soi que conformément au droit commun les créanciers commerciaux peuvent pratiquer des saisies-arrêts aux mains des débiteurs de leur débitrice, faire saisir et vendre les biens dans la mesure où ils sont atteints par leur droit de gage, et enfin, ressource suprême, demander et obtenir la mise en faillite. La femme est commerçante en effet, et à ce seul titre, elle doit subir l'ap-

plication des règles rigoureuses contenues dans les articles 437 et suivants du Code de commerce. Notons toutefois que le Législateur de 1807, qui a permis à la femme de se livrer au négoce, ne l'a soumise, en cas de faillite, à aucune disposition particulière, il a maintenu à son égard les règles du droit commun ; il y a même plus, dans une section spéciale il a déterminé les droits de la femme en cas de faillite du mari, mais la situation inverse n'a pas attiré son attention et il ne s'est pas expliqué sur les droits du mari en cas de faillite de la femme. De là sont nées quelques difficultés que nous avons à examiner.

75. — Prenons par exemple l'article 564 du Code de commerce et renversons l'hypothèse qu'il prévoit.

« La femme était commerçante lors de la célébra-
« tion du mariage, ou n'ayant pas de profession
« déterminée à cette époque, elle a acquis cette qua-
« lité dans l'année qui a suivi l'union matrimo-
« niale », le mari pourra-t-il en cas de déclaration de faillite se prévaloir des avantages qui lui ont été faits par contrat de mariage? Et la même question se pose *a fortiori* pour les libéralités postérieures au mariage, lesquelles sont révocables et singulièrement plus suspectes que les avantages contenus dans le contrat lui-même.

La solution négative dont les partisans ne peuvent invoquer ici que le raisonnement par analogie

et l'identité de motifs, n'est pas admise, et avec raison croyons-nous, sans contestation.

Et en effet, la disposition écrite dans l'article 564 du Code de commerce constitue une dérogation aux principes du droit civil, elle a un caractère manifestement exceptionnel et à ce titre doit être interprétée restrictivement.

D'ailleurs il y a moins d'inconvénients à maintenir les avantages faits au mari par la femme, que ceux faits par le mari à la femme, car le mari n'a pas d'hypothèque légale et ne peut venir à la faillite de la femme que comme créancier chirographaire. Et d'un autre côté, nos adversaires, avec leur doctrine, peuvent arriver le cas échéant à se créer une difficulté passablement embarrassante.

Ainsi supposons la femme marchande publique mariée et mineure. Elle ne réussit pas dans son commerce et est mise en faillite. Le contrat de mariage contenant au profit du mari certains avantages matrimoniaux, ce dernier, pour échapper à l'annulation des libéralités qui lui ont été faites, s'avise de tenir le raisonnement suivant : Ma femme est mineure, les formalités requises par la loi pour qu'il lui eût été possible de se livrer régulièrement au commerce, n'ont pas été remplies ; donc, en droit, ma femme n'a pas la qualité de marchande publique, et s'il en est ainsi la faillite a été prononcé indûment. Il n'y a que les commerçants qui puissent être mis en faillite d'une part, et la faillite seule,

d'autre part, entraîne annulation des libéralités contenues au mariage. Donc....

Un pareil raisonnement devra-t-il être écouté ? Mais tout d'abord précisons davantage et montrons dans quels cas la question peut se poser.

Il faut tout d'abord admettre que le mari ne fonde pas l'incapacité de la femme sur le défaut d'autorisation maritale, mais sur l'inobservation, par exemple, de l'article 2 du Code de commerce (absence d'autorisation des père et mère) ; autrement, on n'éprouverait aucun embarras à se prononcer en présence de l'article 225 du Code civil dont le texte est formel.

De même encore on doit écarter ici l'hypothèse où le mari serait créancier de la femme à un titre quelconque, autre toutefois que le contrat de mariage qui est l'objet de la contestation. Les créanciers peuvent en effet exercer les droits et actions qui appartiennent à leur débiteur, et la restriction formulée par l'article 1166 *in fine*, ne s'applique pas, croyons-nous, à l'espèce qui nous occupe (1).

Maintenant qu'élimination est faite des divers cas où il ne saurait y avoir de difficultés, nous pouvons nous demander si le mari est fondé à tenir le langage que nous venons de mettre dans sa bouche, quelques lignes plus haut.

Nous inclinons assez volontiers vers la solution affirmative.

(1) Demolombe. Du mariage, t. II p. 431.

Nous pouvons de suite écarter du débat l'article 1125 du Code civil des termes duquel il résulterait que la femme seule peut exciper de son incapacité. Ce texte en effet suppose en présence un mineur, ou une femme non autorisée, et des créanciers demandant la nullité pour défaut de capacité, de l'engagement même où ils ont été parties. Or tout autre est le cas qui nous occupe.

Il nous semble trop rigoureux d'interdire au mari le droit de se prévaloir de l'incapacité de sa femme (1), alors surtout que d'après le régime matrimonial adopté il est tenu des dettes contractées dans l'exercice du commerce. Il est vrai qu'au cas qui nous occupe il s'agit non pas de dettes mais de libéralités, mais la difficulté n'en subsiste pas moins de savoir si le mari peut exciper de l'incapacité de la femme; or nous estimons, ainsi que nous l'avons déjà dit, que c'est là un droit qui n'est pas attaché exclusivement à la personne, et que le mari plus que tout autre en sa qualité de chef de l'association conjugale doit pouvoir revendiquer. Nous reconnaissons sans difficulté que le mari qui se prévaut, au cas de faillite de la femme, des avantages matrimoniaux à lui faits se présente sous un jour peu favorable : il vise à réaliser un gain, « *certat de lucro captando* », alors que les créanciers ne cherchent qu'à éviter une perte, « *certant de damnno vitando* », mais c'est là une considération d'équité qui laisse subsister entière la question de droit. D'ail-

(1) Bédarride. Des Commerçants, p. 231.

leurs pourquoi se montrer moraliste plus sèvère que la loi elle-même? Le créancier qui invoque la prescription au lieu et place du débiteur est fort peu intéressant et cependant il doit être écouté.

Et enfin n'admet-on pas sans contestation que le mari peut demander la nullité de l'aliénation du bien dotal par la femme, alors même que cette aliénation aurait eu lieu avec son consentement? Et cependant dans ce cas, comme dans l'espèce où nous nous trouvons, le respect dû à l'autorité matrimoniale n'a pas été méconnu.

76. — Nous pouvons aussi nous reporter à l'article 559 et nous demander si la présomption qu'édicte cet article doit être maintenue, alors même que c'est la femme, et non plus le mari, qui est est en faillite? En d'autres termes, les biens que le mari a acquis au cours du mariage sont-ils présumés, sauf réserve de la preuve contraire, appartenir à la femme comme ayant été payés de ses deniers? Nous concevons sans peine qu'on soit tenté de suivre ici l'opinion affirmative. Non seulement, en effet, elle est un moyen de sauvegarder les droits des créanciers de la femme sans compromettre irrémédiablement la situation du mari puisque la présomption dont il s'agit n'est qu'une présomption *juris tantum*, mais elle permet encore d'écarter la réalisation du danger que la loi a voulu éviter en écrivant l'article 559, danger qui, sans aucun doute, est aussi à craindre dans l'espèce qui nous occupe. Et cependant nous ne pensons pas que

là soit la vérité. Pourquoi ? Parce que toute présomption légale est de droit étroit et partant cesse d'être applicable dès l'instant où l'on se trouve en dehors des termes de la loi ; or, c'est précisément ce qui a lieu ici. Et l'interprétation restrictive s'impose même avec d'autant plus de force que l'article 559 contient une présomption de fraude !

Mais n'insistons pas davantage sur les difficultés de ce genre.

77. — Il pourra arriver parfois, et c'est là un fait intéressant à noter, que dans la détermination des droits respectifs des époux, il n'y ait pas lieu de tenir compte de l'état de faillite de la femme. Prenons par exemple une femme dotale marchande publique et supposons qu'elle ait demandé et obtenu la séparation de corps qui, comme chacun sait, entraîne de droit séparation de biens. La liquidation n'est pas encore achevée par le notaire et la femme est mise en faillite. Le mari a eu l'administration seulement de la dot, il doit la restituer par conséquent, mais il peut aussi être créancier de la femme à raison d'impenses relatives aux biens dotaux : doit-il restituer toute la dot, sauf à produire à la faillite pour la somme dont il est créancier ?

La négative ne nous semble pas douteuse. Il existe ici une véritable indivisibilité des éléments divers qui forment l'actif et le passif d'un compte unique à rendre, et l'état de faillite ne saurait modifier les rapports des parties en cause. On ne saurait même sou-

tenir raisonnablement qu'il y a une compensation postérieure à la faillite et par suite violation de l'article 446 du Code de commerce. Enfin, se prononcer autrement serait traiter le mari avec une rigueur extrême, car il paierait intégralement ce qu'il doit, et il lui faudrait, pour ce qui lui est dû, se contenter d'un dividende.

78. — Devons-nous ajouter que la femme peut être non seulement mise en faillite, mais encore poursuivie pour banqueroute simple ou frauduleuse. Il faut même, croyons-nous du moins, bien que le mari ait le droit de régler comme chef de l'association conjugale les dépenses du ménage, appliquer à la femme commerçante la disposition de l'article 585 du Code de commerce, d'après laquelle le commerçant doit être déclaré banqueroutier si les dépenses de sa maison sont jugées excessives.

Le législateur a voulu punir, en effet, aussi bien l'abus dans les dépenses de la maison que dans les dépenses personnelles, et ce but eût été trop souvent manqué, s'il eût été permis au commerçant de rejeter la faute sur son conjoint. Le mari ne saurait évidemment éviter les peines de la banqueroute en établissant que les dépenses excessives de maison ont été faites non par lui mais par sa femme. Pourquoi la règle serait-elle différente lorsqu'il s'agit de la femme ? Et ne peut-on pas dire que la femme a, dans une certaine mesure, été en faute en ne cessant pas le commerce du jour où elle a dû s'apercevoir que les dépenses de

la maison étaient hors de proportion avec les ressources que le ménage pouvait tirer de sa position commerciale.

Il nous faut toutefois apporter un tempérament à notre doctrine. La femme ne pourra être condamnée comme banqueroutière pour cause de dépenses de maison excessives, toutes les fois que ces dépenses ont été acquittées avec des biens qui n'auraient pu être le gage de ses créanciers.

Ainsi, sous le régime dotal, si on admet que les gains commerciaux appartiennent irrévocablement au mari, les créanciers de la femme ne sauraient se plaindre de ce que ces gains ont été absorbés abusivement par des dépenses de maison puisqu'ils ont échappé et échapperont toujours à toute action de leur part.

## CHAPITRE III

### QUESTIONS DE PROCÉDURE

79. — Dans ce dernier chapitre, il nous reste, ainsi que nous l'avons annoncé, à procéder à l'examen rapide de quelques questions rentrant dans notre étude, mais qui ne touchent pas au fond du droit même et sont avant tout du ressort de la procédure.

80. — Ainsi, de ce que la femme est commerçante il suit qu'elle doit faire publier son contrat de mariage (1).

Cette publication est exigée principalement et avant tout dans l'intérêt des tiers, mais aussi quelquefois dans l'intérêt de la femme elle-même. Plaçons-nous par exemple dans l'hypothèse de l'adoption du régime de la communauté légale : la femme marchande publique se trouve alors elle-même directement intéressée à ce que les conventions matrimoniales auxquelles elle s'est soumise soient connues dans la plus large mesure possible puisque c'est ce régime qui par sa nature lui donne le plus de crédit. On se rappelle en effet que les tiers qui contractent avec

(1) On sait que l'ordonnance de 1673 avait aussi soumis à la publicité le contrat des commerçants.

une femme commune en biens, ont pour débiteur, outre la femme elle-même, le mari et la communauté. Aussi conçoit-on que certains auteurs aient soutenu qu'au cas qui nous occupe, la femme était entièrement libre d'accomplir ou de ne pas accomplir les formalités d'une publicité qui alors l'intéresse exclusivement.

81. — Mais la femme ne pourrait-elle invoquer les clauses de son contrat de mariage avec les conséquences qu'elles entraînent, en cas de violation de l'article 69 du Code de commerce? Ainsi la femme marchande publique est mariée sous le régime dotal, aura-t-elle le droit, si les formalités de publicité requises par la loi n'ont pas été remplies, de se prévaloir à l'encontre des tiers de l'exception de dotalité ? Ici nous trouvons les auteurs en désaccord.

L'opinion négative fait remarquer que le commerce impose à qui s'y livre des devoirs spéciaux et certaines obligations particulières. La femme qui a méconnu ces devoirs et ces obligations, contre-poids raisonnable à la capacité exceptionnelle due à sa qualité de marchande publique, ne saurait pouvoir exciper à l'encontre des tiers du privilège de dotalité.

Et une telle solution s'impose avec d'autant plus d'évidence qu'on ne peut adresser aux créanciers de la femme commerçante aucun reproche d'imprudence. Ils sont allés au greffe du Tribunal de commerce et là ils n'ont trouvé nulle trace de l'existence d'un

contrat de mariage ; ils ont donc été fondés à croire que leur débitrice était une femme commune en biens.

Sans doute on peut admettre avec la Cour de cassation (1) qu'on ne saurait décider que toujours les clauses d'un contrat de mariage, quel que soit le régime matrimonial adopté, ne pourront en l'absence de l'accomplissement des prescriptions de l'article 69 du Code de commerce, être opposées aux tiers, mais ici la dotalité crée une situation exceptionnellement grave, et la femme encourt une responsabilité telle qu'elle ne doit pas pouvoir exciper à l'encontre des tiers de la position privilégiée où elle se trouve placée par le contrat de mariage. Il ne faut pas oublier aussi que les exigences bien entendues du commerce militent en ce sens.

82. — Quelle que soit la gravité de ces diverses considérations, il nous semble cependant préférable de décider que la femme pourra opposer aux créanciers l'exception de dotalité, alors même que les formalités de publicité n'ont pas été remplies.

Et en effet la violation de l'article 69 du Code de commerce ne constitue ni un délit ni un quasi-délit. Il n'y a pas délit puisque l'inobservation de la loi n'est punie qu'au cas de faillite de la femme, et même, dans cette hypothèse, l'application de la peine demeure

(1) V. D. P. 1861, I, 374.

facultative et n'aura lieu que s'il est démontré que la femme, en négligeant d'observer les formalités de publicité, a eu réellement l'intention de nuire. Il n'y a pas davantage quasi-délit, car si l'article 1382 impose à quiconque cause dommage à autrui, l'obligation de réparer le préjudice qui en découle, cet article suppose qu'il y a eu atteinte portée à des droits acquis et non pas seulement violation d'une obligation créée dans un intérêt général. Or, sans contester l'utilité des dispositions de l'article 69 du Code de commerce, il est manifeste que ce texte ne vise aucun intérêt d'ordre public.

En outre, c'est à tort que les partisans de l'opinion adverse déchargent de tout reproche d'imprudence les créanciers de la femme commerçante. Depuis la loi du 18 juillet 1850 sur la publicité des contrats de mariage, les tiers peuvent exiger la représentation effective du contrat de leur débitrice, ils ont à leur disposition le moyen de connaître dans quelles limites ils peuvent compter sur les garanties qu'offre la femme mariée avec laquelle ils se proposent de contracter.

Il est vrai que dans notre ancien droit la sanction de l'obligation de publier le contrat de mariage était la nullité de la clause dérogatoire à la communauté(1),

(1) Et en effet, la seule publicité exceptionnelle organisée par le Code de commerce ne suffit pas à rendre le contrat de mariage opposable aux tiers, il faut encore que les dispositions de l'article 76, al. 10 du Code civil aient été remplies car ce texte est applicable qu'il s'agisse de commerçants ou de non commerçants. La jurisprudence s'est avec raison fixée en ce sens. V. D. 1870. 1 qq. Et Code civil annoté, t. 1., p. 142, n° 27.

mais il est certain, bien qu'on ait soutenu le contraire, qu'une telle disposition n'est plus applicable en présence de l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807.

83. — Demandons-nous maintenant à quelles conditions se trouve réalisée la publicité à laquelle la loi a soumis le contrat de mariage de la femme commerçante. Deux cas doivent être distingués.

84. — Supposons d'abord que la femme soit commerçante lors du mariage. Alors le contrat de mariage doit être transmis par extraits dans le mois de sa date aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du Code de procédure civile.

Ces extraits doivent contenir certaines mentions indiquées par l'article 67 du Code de commerce. Ainsi ils feront connaître si la femme est mariée sous le régime de communauté, ou de séparation de biens, etc., etc.

On sait que l'ordonnance de 1673 dans l'article 1er du titre 8 exigeait la publicité du contrat de mariage toutes les fois que la femme avait adopté un régime matrimonial autre que le régime de communanté.

C'est au notaire qui a reçu le contrat qu'incombe le soin de faire la remise prescrite par la loi sous peine d'amende et même de destitution avec responsabilité civile à l'égard des créanciers s'il était était établi que l'omission fût le résultat d'une collusion frauduleuse.

L'amende que le Code de commerce avait édictée contre le notaire était de 100 fr.; elle a été réduite à

20 fr. par une loi du 16 juin 1824 sur les droits de timbre et d'enregistrement.

Le notaire encourt l'amende s'il savait que la femme fût commerçante, bien que dans le contrat de mariage elle eût pris une autre qualification. Et inversement l'amende ne serait pas due au cas où la femme n'étant pas commerçante, se serait cependant attribuée cette qualité.

85. — Admettons maintenant que la femme ne soit devenue commerçante que postérieurement au mariage.

Le contrat de mariage est alors soumis à la publicité toutes les fois qu'il ne contient pas adoption de la communauté ou d'un régime extensif de la communauté. Et cette disposition se justifie aisément. On conçoit sans peine que l'article 69 du Code de commerce ne soit pas applicable lorsque la publicité intéresse la femme seule. On doit donc décider, pour se conformer à l'esprit de la loi, qu'outre les cas de régime dotal et de séparation de biens, le contrat de mariage devra être publié quand la femme aura adopté soit le régime sans communauté, soit le régime de communauté réduite aux acquêts. Le Code de commerce Belge dans son article 16 exige la publicité du contrat de mariage si la femme n'est pas mariée sous le régime de communauté légale.

Il va de soi que c'est à la femme devenue commerçante et non au notaire qui ne peut être obligé à savoir ce que deviennent ses clients, qu'incombe le

soin de veiller à l'accomplissement des publications prescrites par la loi. Il doit être satisfait aux prescriptions de l'article 69 du Code de commerce dans le délai d'un mois à partir de l'ouverture du commerce; autrement la femme court risque, en cas de faillite, d'être déclarée banqueroutière simple. On sait que le Code de commerce plus sévére que la loi de 1838 édictait ici les peines de la banqueroute frauduleuse.

86. — Mais que décider si une femme commerçante séparée de biens, usant du droit que crée l'article 1451 du Code civil, venait à faire rétablir le contrat de mariage primitif ? Serait-elle encore tenue de remplir les formalités de publicité prescrites par le Code de commerce ? En faveur de l'affirmative on pourrait remarquer qu'en réalité l'acte de rétablissement équivaut à un contrat de mariage, et que dès lors l'article 69 est applicable; cependant nous estimons qu'en présence du silence de la loi, une telle doctrine est inadmissible.

87. — Dernière observation. — Le jugement qui prononce la séparation de biens au profit d'une femme marchande publique, que la séparation de biens soit principale ou accessoire, doit être rendu public.

Sans doute la demande en séparation de biens qu'intente la femme commerçante est instruite et jugée conformément au droit commun, mais ce qu'il y a de particulier ici tenant à la qualité même de marchande publique de la femme, c'est que le juge-

ment de séparation de biens qui émane toujours d'un tribunal civil doit être lu à l'audience du tribunal de commerce du lieu, s'il y en a un, d'après l'article 872 du Code de procédure civile. Enfin ce même jugement doit être affiché dans la salle d'audience du tribunal.

Cette double formalité est imposée à la femme commerçante par l'article 1445 du Code civil qui édicte la nullité comme sanction. Il est vrai que d'excellents esprits soumettent à la même règle les non-commerçants par application de l'article 872 du Code de procédure civile qui cependant ne prononce pas la nullité *in terminis*; aussi croyons-nous devoir ne pas insister sur une différence contestable et que la jurisprudence (1) n'a pas cru devoir admettre.

---

(1) Arrêt de la cour de Caen du 15 juillet 1828. D. p. 30. 2. 166.

# POSITIONS

## DROIT ROMAIN

I

La « *bonorum possessio Carboniana* », malgré son caractère provisoire, est une véritable « *bonorum possessio* » et non pas une simple « *missio in possessionem* ».

II

Le « *bonorum possessor Carbonianus* » a l'interdit « *quorum bonorum* ».

III

La « *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* » peut exister seule.

IV

Le paragraphe I « *in fine* » de loi 5 d'Ulpien, au titre de « *Edicto Carboniano* » doit être corrigé.

V

La « *condictio ex mœrâ pœnitentiâ* » n'existait pas dans tous les contrats innommés.

VI

La règle « *dies pro homine interpellat* » tout au moins dans le droit antérieur à Justinien, n'est pas la traduction exacte de la Législation romaine.

VII

Les mots « *ipso jure conpensationes fieri* » qui se trouvent dans le principium de la loi 14 au Code. L. 4, 31, signifient non pas que l'extinction des obligations avait lieu de plein droit, mais qu'il n'était plus nécessaire dans le droit de Justinien, d'insérer une exception.

VIII

Le bénéfice de « cession d'actions » n'est pas restreint au « *correus* » qui justifie de la qualité de « *socius* ».

---

## DROIT CIVIL FRANÇAIS

Les actes passés par une femme commerçante, lorsqu'ils ne portent pas en eux-mêmes le caractère de commercialité doivent cependant être présumés se rapporter au commerce de la femme.

II

Lorsque la femme n'habite pas avec le mari, le tribunal compétent pour déclarer la faillite de cette dernière est

le tribunal de commerce du lieu où elle se livre au négoce.

III

La femme même commerçante ne peut former une société avec son mari.

IV

Le mari n'est pas responsable des délits que la femme a commis dans l'exercice de son commerce.

V

La femme commerçante sous le régime dotal, peut opposer à ses créanciers les effets de la clause de dotalité, alors même que par simple négligence, elle ne s'est pas conformée aux règles de publicité prescrites par l'article 69 du Code de commerce.

VI

Sous le régime de communauté, les créanciers du mari concourent avec les créanciers personnels de la femme commerçante sur les biens composant l'actif commercial de la femme ; aucun privilège n'existe au profit de ces derniers.

VII

L'acceptation de billets en paiement d'un prix de vente, n'étaient pas le privilège du vendeur.

VIII

La séparation des patrimoines constitue un véritable privilège.

IX

Dans l'hypothèse de l'annulation d'un contrat de mariage, les époux doivent être considérés comme mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts.

X

Le prix d'un immeuble vendu par un des futurs conjoints dans l'intervalle qui sépare la confection du contrat et la célébration du mariage tombe dans la communauté.

---

## DROIT CRIMINEL

Le co-auteur d'un vol commis par le fils ou l'époux au préjudice de son père ou de son conjoint peut être poursuivi pénalement.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

I

Le pouvoir de révision du Congrès est rigoureusement limité aux articles de la Constitution spécialement visés par les résolutions des deux Chambres qui ont motivé sa convocation.

II

L'électeur en votant exerce une fonction et non un droit.

---

## PROCÉDURE CIVILE

I

La signification du jugement à personne ou à domicile est une condition nécessaire mais aussi suffisante pour faire courir le délai d'appel.

II

Il faut, pour obtenir contre un tiers l'exécution d'un jugement, justifier non-seulement qu'il n'y a pas actuellement d'opposition formée ou d'appel interjeté, mais encore que les délais d'appel ou d'opposition étant expirés, aucune opposition, aucun appel ne sont plus recevables.

*Vu par le Président de la Thèse :*
GEORGES LEBRET.

Permis d'imprimer :
*Le Recteur de l'Académie :*
E. ZÉVORT.

*Vu par le Doyen :*
A. VAUGEOIS.

# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT FRANÇAIS


| | Pages |
|---|---|
| INTRODUCTION. . . . . | 1 |
| CHAPITRE Ier. — Capacité générale de la femme commerçante. . . . . | 9 |
| CHAPITRE II. — Effets et sanction des actes de la femme commerçante . . . . . | 48 |
| Section I. — Régime de communauté. . . | 49 |
| Section II. — Régime de communauté réduite aux acquêts . . . . . | 71 |
| Section III. — Clause assignant à la femme la totalité de la communauté. | 74 |
| Section IV. — Régime de communauté universelle . . . . . | 75 |
| Section V. — De la clause de réalisation. . | 77 |
| Section VI. — Régime dotal . . . . . | 79 |
| Section VII. — Régime dotal avec sociétés d'acquêts . . . . . | 93 |
| Section VIII. — Régime exclusif de communauté . . . . . | 94 |
| Section IX. — Régime de séparation de biens. | 100 |
| Section X. — Sanction des engagements commerciaux de la femme. . . | 102 |
| CHAPITRE III. — Questions de procédure. . . . . | 111 |
| Positions . . . . . | 119 |


Caen. — Imp. E. ADELINE, rue Froide, 16